

Capítulo I

Los criterios de reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa extracontractual y sus contradicciones prácticas

El diseño del reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa puede basarse *a) en criterios funcionalistas o materiales; b) en criterios personalistas o subjetivos; y c) en criterios mixtos*. Conforme a los criterios funcionalistas resultaría adscrita a cada orden jurisdiccional la competencia para conocer sobre la responsabilidad extracontractual que se haya generado en relación con un determinado tipo de actividad, con independencia del sujeto (público o privado) que la lleve a cabo. De acuerdo con los criterios personalistas o subjetivos cada orden jurisdiccional conocería de las pretensiones de indemnización dirigidas contra un mismo tipo de sujetos (públicos o privados). Por último, según los criterios mixtos operaría una doble delimitación del ámbito competencial, que tomaría en consideración tanto el sujeto actuante como la función que desempeñe (pública o privada) o la materia de que se trate (navegación aérea, asistencia sanitaria, etc.).

En este Capítulo analizaremos si nuestro ordenamiento jurídico se decanta por alguno de estos modelos. El análisis será indiciario del cúmulo de problemas que presenta la articulación de un sistema coherente de reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración, sobre todo al recordar una afirmación convencional: que, *tanto la jurisdicción civil, como la contencioso-administrativa, han interpretado generosamente sus respectivos ámbitos competenciales, solapándolos hasta el punto de desdibujar sus contornos respectivos*¹.

1. «La primera impresión que produce el estudio de los aspectos jurisdiccionales de la responsabilidad de la Administración en la doctrina de los Tribunales ordinarios es la cantidad de asuntos que han sido conocidos por ellos, que también hubieran sido fallados en cuanto al fondo por las Salas de lo Contencioso-Administrativo si ante ellas hubieran sido planteados. Ello hace pensar bien en lo artificio de la distinción de jurisdicciones en materia de responsabilidad de la Administración o bien en los distintos criterios de interpretación de ambas jurisdicciones de los preceptos que fijan las fronteras de unos Tribunales y otros en

1. LOS «SERVICIOS PÚBLICOS» Y SUS DIFERENTES ACEPCIONES COMO CRITERIO DE REPARTO DE JURISDICCION²

la materia o bien que no ha calado ni en los Tribunales ni en los litigantes la frontera de jurisdicción en materia de responsabilidad de la Administración»; cfr. CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RAP*, núm. 66, 1971; hemos manejado su reciente reedición en *Estudios de Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla) y Civitas, Madrid, 1992, pgs. 229 y ss. La cita corresponde a la pg. 238 de esta última obra.

La situación llegó a tales extremos que incluso se pudo afirmar: «de hecho, como ya he adelantado, funcionó un sistema de libre opción, resultado de una práctica jurisprudencial *contra legem*»; cfr. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, núm. 237-238, 1994, pg. 84. Otras consideraciones semejantes pueden verse en LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», *RAP*, núm. 92, 1980, pg. 43; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pg. 235; MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, pg. 97; BOCALEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», *DA*, núm. 237-238, 1994, pg. 212; MORALES & SANCHO: *Manual práctico de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1995, pgs. 186 y ss. y SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, vol. 2, Montecorvo, Madrid, 1993, pgs. 823 y ss.

A esta misma conclusión llega también DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 466 y ss., tras un pormenorizado análisis jurisprudencial, del que, por su carácter didáctico, conviene destacar la SAP Córdoba 15 octubre 1988, conforme a la cual: «Gran número de resoluciones judiciales y la misma doctrina científica coinciden en apreciar que el tema de la competencia para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración es cuestión que ofrece considerable dificultad, por cuanto es indudable que tal responsabilidad en unos casos es exigible ante la jurisdicción civil y en otros ante la contencioso-administrativa, siendo a veces problemático saber cuándo ha de conocer una u otra. Ello ha determinado, de hecho, tesis distintas y hasta irreconciliables entre las sentencias dictadas al respecto entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, siendo patente la tendencia de una y otra jurisdicción a mantener el supuesto litigioso en su ámbito competencial. Incluso dentro de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo existen sentencias (...) que han recogido abiertamente las tesis «administrativistas» si bien las mismas no han supuesto un giro o quiebra en la línea mayoritaria (que tiene como fundamento una interpretación restrictiva de la expresión «función normal o anormal de los servicios públicos») que sigue siendo (...) la de, por unas u otras consideraciones, mantener la competencia civil en los supuestos sometidos a su jurisdicción, incluso, en los casos (como el de autos) más discutibles, de que la pretensión indemnizatoria se formule sólo frente a la Administración, y sin que, por tanto, haya codemandados particulares (...). La existencia de criterios no siempre coincidentes probablemente arranca de la redacción dada a los arts. 40 y 41 LRJAE 16 julio 1957».

2. En este epígrafe incluimos las diferentes interpretaciones coexistentes en relación con la

1.1. El servicio público como actividad administrativa típica, o como giro o tráfico administrativo.

Antes de la promulgación de la Constitución, la referencia a los servicios públicos que se recoge en la normativa referente a la responsabilidad extracontractual de la Administración fue interpretada por la jurisdicción contencioso-administrativa como comprensiva de cualquier actividad desempeñada por la Administración en su giro o tráfico específico, esto es, en el ejercicio de funciones o potestades administrativas³. Idéntica consideración ha merecido el texto constitucional, que se interpreta como una referencia genérica a la gestión administrativa⁴, elevando a rango constitucional lo que ya se encontraba dispuesto por la legislación ordinaria⁵.

En línea de principio, esta interpretación no difiere de la postulada mayoritariamente por la jurisdicción civil⁶; sin embargo, *sí varían las consecuencias prácticas*

expresión «servicios públicos» en materia de responsabilidad administrativa. Sin embargo, la explicación de algunas de las razones que han deparado su formulación, así como las repercusiones que derivan hacia el conjunto del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa, se recogen por razones sistemáticas en el apartado siguiente de este Capítulo.

3. *Vid. SSTS 23 enero 1970 (RJ 1970, 2121); 27 enero 1971 (RJ 1971, 284) y 12 marzo 1973 (RJ 1973, 1141).*
4. *Vid.*, entre otras muchas, SSTS 15 febrero 1994 (RJ 1994, 890); 13 enero 1992 (RJ 1992, 555); 22 noviembre 1991 (RJ 1991, 8844); 20 febrero 1986 (RJ 1986, 688); 21 septiembre 1984 (RJ 1984, 4416); 12 marzo 1984 (RJ 1984, 2508); 10 noviembre 1983 (RJ 1983, 6070) y 14 abril 1981 (RJ 1981, 1843). Esta es, asimismo, la interpretación unánime de la doctrina académica; *vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 385 y ss.
5. *Vid.*, la referencia expresa que al respecto efectúan la STS 4 enero 1991 (RJ 1991, 500), y entre otros, GARRIDO FALLA, F.: «Constitucionalización de la responsabilidad del Estado», en *La Constitución Española. Libro homenaje a Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1991, pg. 2846; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pgs. 12 y 14; LEGUINA VILLA, J.: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración», *REDA*, núm. 23, 1979, pg. 525; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pg. 44; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 27 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: «La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración», *REDA*, núm. 19, 1978, pg. 624; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración: fundamento y tendencias actuales», en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pg. 105 y GIL IBÁÑEZ, J. L.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pg. 31.
6. La jurisdicción civil ha venido entendiendo que tal expresión comprendía «la actividad regular y continua prestada por la Administración en régimen de Derecho público en la que no se incluirían ciertas actividades puramente materiales o en las que la Administración

cas que se derivan de su aplicación al caso concreto. En lo que se refiere al orden contencioso-administrativo, se ha producido una extraordinaria extensión material del ámbito del concepto, que se analiza más abajo (§1.3). Por su parte, el orden civil también ha encontrado vías indirectas para ampliar igualmente su esfera competencial. Así, *las actividades materiales o prestacionales desempeñadas por las administraciones públicas (sea cual fuere su naturaleza) son valoradas un tanto artificialmente como incidencias marginales al servicio, o como actividades desempeñadas por la Administración en calidad de simple empresario privado, separadas de la función pública en sentido estricto*; por ejemplo, daños derivados de la organización de espectáculos públicos, de la ejecución material de actos administrativos (derribos ...), o de actividades prestacionales encomendadas a la Administración (como la asistencia sanitaria). De modo que los daños derivados de tales actividades han sido conocidos y resueltos sin obstáculos competenciales por el orden civil, deparando resultados difícilmente compatibles con el tenor literal de la ley⁷.

actuaba desprovista de sus funciones de autoridad»; cfr. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 85.

7. Así, en la STS (Sala 1.^a) 22 abril 1995 (RJ 1995, 3942), este orden se entiende competente para conocer de la reclamación dirigida contra la Administración del Estado en relación con un accidente de tráfico provocado con un vehículo oficial, con base en el hecho de que «el daño no se ha producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, sino que se ha producido por una incidencia marginal al servicio». Del mismo modo, la STS (Sala 1.^a) de 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7654), en relación con los daños derivados por la explosión acaecida en una explotación minera de titularidad pública, afirma que «los daños no se produjeron por acto administrativo alguno, ni hay situación de servicio público». Igualmente, la STS 24 marzo 1995 (RJ 1995, 2399), relativa a los daños reclamados con ocasión de un accidente ocurrido en un parque infantil de titularidad municipal, sostiene que «todo ello [es] constitutivo de conductas extraadministrativas desconectadas del servicio público que incumbe a la recurrente y que, como ya se dijo, no pueden ser incardinadas en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957». También son frecuentes las sentencias en las que el orden civil se pronuncia en relación con los daños derivados de fugas de las redes municipales de abastecimiento, a pesar de que el orden contencioso-administrativo se pronuncie simultáneamente sobre las mismas cuestiones, con base en la circunstancia de que la actividad en cuestión constituye un servicio público, como ya se puso de manifiesto en la STS 11 diciembre 1974 (RJ 1974, 5132), comentada por CANO MATA, A.: «Responsabilidad de la Administración: competencia de los tribunales contenciosos y cómputo del año para reclamar en vía administrativa», *RAP*, núm. 77, 1975, pgs. 183 y ss., y ha reiterado recientemente, en este y otros supuestos, MESTRE DELGADO, J. F.: «Crónica sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción», *RAP*, núm. 138, 1995, pgs. 345 y ss. Vid, recientemente, sobre el mismo supuesto, la STSJ Murcia (Sala 1.^a) de 13 noviembre 1996 (AJA 1997, núm. 282/9).

La diferente carga semántica que separa el concepto de servicios públicos manejado por las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa ha sido recientemente recordada por PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 18 y ss., quien se manifiesta en radical oposición con los criterios sustentados por el orden civil en la materia. Ya lo hizo en *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, en cuya pg. 236, como comentario a la doctrina del orden civil, escribe: «Su lema sería: "Tratar por todos los

Conforme al parecer uniforme de todos los operadores jurídicos, la expresión «servicios públicos» conlleva implícitamente un criterio de reparto jurisdiccional. En principio, con el empleo de esa expresión no se pretendería establecer el reparto de jurisdicción en la materia, sino su régimen sustantivo: la Administración se sometería al régimen de los artículos 40 y ss. LRJAE, y 121 y ss. LEF, cuando actuase en su giro o tráfico específico, en tanto que le resultaría de aplicación el Código Civil cuando no ejerciese funciones públicas. Pero el reparto de jurisdicción que establecía el artículo 41 LRJAE sería cabal reflejo de la división subyacente de regímenes jurídicos, y la trasladaría al reparto jurisdiccional⁸. Para hacerlo, se serviría de una expresión distinta, la de «relaciones de Derecho público o privado»: cuando la Administración actúe al margen de su giro o tráfico específico, lo haría de acuerdo con el Derecho privado, siéndole de aplicación el régimen común de responsabilidad extracontractual, y resultando competente el orden jurisdiccional civil⁹. Debido a la correspondencia que en este punto se produce entre los artículos 40 y 41 LRJAE, remitimos a lo que se expone más abajo (§2) sobre los problemas que comporta este criterio de reparto de jurisdicción.

La visión expuesta resulta ser de carácter mixto: aplica el régimen de la responsabilidad administrativa a: 1.^º) las funciones públicas; 2.^º) desempeñadas por la Administración.

El orden jurisdiccional social también ha manejado en ocasiones una acepción funcionalista del concepto de servicios públicos. Así, dado que se ha consi-

medios de que, por principio, no se niegue jamás la competencia de la jurisdicción civil". Y su objetivo "Proteger al dañado de los perjuicios derivados de una mala dirección letrada, evitando un inequitativo peregrinaje de jurisdicción".

8. Con este planteamiento concuerda linealmente la STS (Sala 1.^ª) de 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9405) en la que se dilucidaba la responsabilidad extracontractual de la Administración por la defectuosa conservación de la valla protectora de una carretera: «por preceptos legales explícitos, en concreto el ap. b) del art. 3.^º de la Ley de 27 diciembre 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957, viene expresamente atribuida a dicha jurisdicción el conocimiento de las cuestiones entabladas por los particulares instando el resarcimiento por el Estado de los daños o perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siendo este el supuesto aquí contemplado (...). La competencia a esta Jurisdicción civil sólo le corresponde, según establece el art. 41 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho privado, pero éste no es el supuesto aquí enjuiciado, en el que la reclamación postulada, repetimos, se refiere a los perjuicios causados como consecuencia del supuesto funcionamiento anormal de un servicio público».
9. Posición que también resulta unívoca en la doctrina administrativista, desde que fuera planteada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, op. cit., pgs. 200 y ss. En el ámbito científico

derado competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por daños derivados de prestación deficiente de asistencia sanitaria (con base en argumentos estrictamente procesales, no relacionados con los arts. 40 y ss. LRJAE), considera al propio tiempo que la asistencia sanitaria se encuentra abarcada por el concepto constitucional y legal de los servicios públicos, a efectos de determinar la responsabilidad extracontractual. Como producto final, la asistencia sanitaria prestada por las entidades integradas en el sistema de Seguridad Social constituye una actividad materialmente administrativa, que se encuentra sometida a un régimen objetivo de responsabilidad, cuyo conocimiento resulta adscrito al orden jurisdiccional social¹⁰.

1.2. El servicio público como manifestación del *ius imperii* de la Administración.

Este enfoque puede percibirse en una corriente jurisprudencial del orden jurisdiccional civil, que interpreta la expresión como determinante, por sí sola, de cierto deslinde jurisdiccional, sin necesidad de acudir al criterio adicional del artículo 41 LRJAE. En su virtud, la jurisdicción civil no podría conocer bajo ningún concepto de los asuntos en que se estuviese en presencia del *ius imperii* del Estado, ni siquiera cuando hubiese un litisconsorcio pasivo entre la Administración y el particular¹¹. La expresión «servicios públicos» se valora aquí como

civilista puede consultarse la misma apreciación en PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 26 y ss. y DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 407.

10. Así, la STS (Sala 4.^a) de 5 junio 1991 (RJ 1991, 5131), sostiene: «Es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal, y máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el art. 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el art. 106.2 CE». Esta sentencia es citada, asimismo, por la STS (Sala 4.^a) de 20 abril 1992 (RJ 1992, 2662), que desemboca en la misma conclusión.
11. La STS (Sala 1.^a) de 2 febrero 1996 (RJ 1996, 950), al resolver un caso en que se solicitó responsabilidad solidaria de la Administración y un agente de la Guardia Civil que había ocasionado la muerte de un particular al intervenir en un disturbio callejero, afirma: «Está fuera de duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción civil. (...) La solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la *vis atractiva* que caracteriza a la jurisdicción civil o su condición de “residual” (art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aconseja atribuir la competencia a la expresada jurisdicción, especialmente, para evitar la posibilidad de fallos contradictorios (...). Ahora bien, el caso de autos no admite parangón con los

un criterio de reparto jurisdiccional, distinto del referente a las relaciones de Derecho público o privado¹². De donde resultaría un triple juego de relaciones entre el orden jurisdiccional civil y el contencioso-administrativo: 1.º) Si se trata de un «servicio público», entendido como actividad de imperio, no podría conocer en modo alguno el orden jurisdiccional civil, ni siquiera cuando la demanda se dirigiese con carácter solidario contra el funcionario responsable del daño; 2.º) Si el daño se ha generado en relaciones de Derecho público («servicios públicos») sin ejercicio de autoridad, el orden jurisdiccional civil podría conocer cuando junto a la Administración se demandase al funcionario causante del daño, en cuyo caso se aplicaría un criterio culposo de imputación de responsabilidad¹³; 3.º) Si el daño ha derivado de «relaciones de Derecho privado», sólo sería competente el orden jurisdiccional civil, incluso sin necesidad de recurrir contra el funcionario o agente, aplicando asimismo en este caso el régimen común de responsabilidad extracontractual.

anteriormente examinados, pues (...) su matiz diferenciador radica en que los hechos acaecidos se originaron, como se dijo, dentro de la esfera del *ius imperii* del que aparece revestida la Administración, condición que afectaba asimismo al codemandado señor de la T. P. en cuanto que su actuación se desarrolló dentro de un acto de servicio prestado como componente de la Guardia Civil, y de aquí, que el resultado de su conducta haya de encuadrarse como una consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, del que habla el art. 40 de la referida Ley de Régimen Jurídico, lo que determina, sin necesidad de mayores razonamientos, que el conocimiento del caso corresponda a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». La misma doctrina puede encontrarse en otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala, que aparecen citados en la propia sentencia transcrita. La línea jurisprudencial data, cuando menos, de la STS (Sala 1.º) de 28 abril 1992 (RJ 1992, 4466), y ha recibido respaldo expreso por parte del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, mediante su Sentencia 7/1993, de 21 diciembre (RJ 1993, 9933).

En el mismo sentido, la SAP Santander 25 abril 1996 (ED 1996, 1213), se declara incompetente para conocer de la reclamación de indemnización por los daños derivados de un festejo de vaquillas organizado por un Ayuntamiento, afirmando que en este caso la Corporación actuó en ejercicio de funciones de soberanía u orden público.

12. Según MESTRE DELGADO, J. F.: «Crónica...», *op. cit.*, pg. 345, el orden civil sustituye la amplia noción jurídico-administrativa del servicio público por esta otra, mucho más restrictiva, del *ius imperii*, en orden a determinar el reparto de jurisdicción en la materia.
13. La competencia del orden jurisdiccional civil cuando se recurre conjuntamente contra la Administración y un particular es analizada específicamente en el Capítulo III. Por el contrario, si se actúa ante este orden sólo contra la Administración, en una relación de servicio público, la jurisdicción se estima incompetente para conocer del asunto, como demuestra la STS (Sala 1.º), de 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9405), en la que se reclamó directamente contra un Ayuntamiento por los daños derivados de la defectuosa instalación de una valla protectora en la vía pública. Lo que sucede es que, como sabemos, la jurisdicción civil no maneja a estos efectos una interpretación homogénea ni homologable a la del orden contencioso-administrativo en relación con la expresión «servicios públicos», por lo que se solapan y sobreponen a un tiempo diversas consecuencias jurídicas que se derivan, sin embargo, de un mismo texto normativo.

1.3. El servicio público como conjunto de actividades de la Administración. La unificación jurisprudencial del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual.

La jurisdicción contencioso-administrativa tiende a calificar cualquier daño infligido por la Administración pública como una consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹⁴. En su virtud, ha conocido de reclamaciones por daños que, en principio, parecen originados en relaciones de Derecho privado, y cuyo análisis merecía corresponder a la jurisdicción civil, aplicando los criterios de reparto que establecía la LRJAE. Al hacerlo, se guiaba sin duda por el propósito de incrementar la tutela jurídica de los recurrentes, evitando someterlos al consabido peregrinaje jurisdiccional. Como consecuencia de ello, puede decirse que *la jurisdicción contencioso-administrativa siempre se ha declarado competente cuando se ha planteado ante ella una acción de responsabilidad extracontractual contra la Administración*¹⁵. Normalmente, buscando una conexión con el concepto de servicio público¹⁶; pero también, como argumento último y

-
14. La doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo se ha resumido con estas palabras: «De acuerdo con esta interpretación, toda actuación administrativa es consecuencia de la prestación de un servicio público, excepción hecha del ejercicio de actividades mercantiles o económicas en concurrencia con las empresas particulares, y sin estar investidas de autoridad o atributo de poder»; cfr. MORALES & SANCHO: *Manual práctico...*, *op. cit.*, 1995, pg. 189. En el mismo sentido, y con referencia específica a la actividad de las corporaciones locales, escribió PAREJO ALFONSO, L.: «Un caso singular de responsabilidad municipal», *REDA*, núm. 25, 1980, pg. 289: «cualquier actividad reconducible al concepto de "fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales y de las aspiraciones ideales de la comunidad municipal" (estén o no *nominatim* en el listado del art. 101 de la Ley de Régimen Local) es susceptible en cuanto perteneciente al giro o tráfico propio de la Corporación municipal, de provocar la responsabilidad de ésta según el sistema jurídico-administrativo».
 15. Lo que no significa que siempre haya estimado el recurso, pues evidentemente, del análisis del supuesto, una vez superado el tema de la admisibilidad, podía desprenderse la ausencia de responsabilidad.
 16. Como ejemplo reciente del modo en que la jurisdicción contencioso-administrativa ha extendido su ámbito conviene citar la STS (Sala 3.^a) de 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4440). El problema de fondo radicaba en el hecho de que una empresa privada había cedido los derechos de autor sobre una producción cinematográfica propia a la Administración, quien a su vez había cedido algunos planos a otra empresa privada diferente para que le realizase un documental; el Tribunal Supremo razona que la paternidad de la obra es derecho absoluto del autor, debiendo contarse con su consentimiento en orden a ceder sus imágenes a un tercero, por lo que entiende que se produce un supuesto de responsabilidad de la Administración. En cambio, la SAP Cádiz 24 octubre 1995 (ED 1995, 663), afirma que los conflictos derivados de la propiedad intelectual son competencia del orden jurisdiccional civil.

La STS 28 enero 1993 (RJ 1993, 422), conoce de un supuesto en el que se reclamaban los daños derivados del fallecimiento de una persona en un velódromo abandonado de titulari-

definitivo, considerando que cualquier desestimación de una acción de responsabilidad en vía administrativa constituye un acto sometido al Derecho administrativo que, por consiguiente, resulta revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁷.

De este modo, se ha extendido inopinadamente el concepto de «servicios públicos» al conjunto de daños originados por la Administración, aunque esta consideración, salvo excepciones¹⁸, no se vertía literalmente en el texto de las

dad municipal: a pesar de que el Ayuntamiento insistió en que en las instalaciones no se desarrollaba servicio público alguno, por encontrarse abandonadas, el Tribunal Supremo entiende que el supuesto se enmarca en el contexto del funcionamiento anormal de los servicios públicos que determina su propio ámbito competencial, y reconoce la correspondiente indemnización. Parece claro que el asunto, conforme a la legislación aplicable al caso, debió ser conocido por el orden civil.

También puede resultar de interés para destacar cuanto se expone la sentencia citada en la próxima nota.

Sin entrar a valorar la oportunidad o no de reconocer la indemnización en los asuntos citados, conviene recordar que, cuando recayeron estas sentencias, la jurisdicción civil resultaba competente para conocer de la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de relaciones de Derecho privado, y parece claro que la actividad generadora del daño en ambos supuestos se desarrolló en relaciones de Derecho privado. En la lógica propia de los arts. 40 y 41 LRJAE, los casos debieron haber sido conocidos por el orden civil. Cosa distinta es que se concuerde o no con la oportunidad del planteamiento normativo, y se postule su modificación, en orden a atribuir la competencia del asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa; pero parece evidente que tanto en éstas como en otras ocasiones la Sala tercera del Tribunal Supremo llegó demasiado lejos en la interpretación del ámbito competencial que le atribuía la LRJAE.

17. Por ejemplo, frente a los daños generados por el desprendimiento de una piedra de un monte público, la STS (Sala 3.^a) de 1 julio 1991 (RJ 1991, 5968) afirma: «Los servicios públicos, entendidos en su más amplio sentido de toda actividad de la Administración acorde con la competencia que le atribuye la Ley para el cumplimiento de los fines que le corresponde atender como entidad de Derecho público, en su normal o anormal funcionamiento, generan actos sometidos al derecho administrativo para el que es competente conocer en vía de reclamación judicial a esta jurisdicción, u originan daños y perjuicios a terceros consecuentes a ese funcionamiento, sujeto a la normativa del derecho administrativo, y por ello aunque no sean directamente impugnables por no tratarse de actos jurídicos, dan lugar al derecho de reclamar de la Administración la consiguiente indemnización que en el supuesto de negarse la resolución expresa o presunta es susceptible de ser recurrida en vía contencioso-administrativa, art. 40.2 LRJAE; reclamación fundada en normas de derecho administrativo y frente a un acto sometido al mismo régimen jurídico y en relación con el funcionamiento de un servicio público».
18. Como la representada por la STS (Sala 3.^a) 13 marzo 1989 (RJ 1989, 1986), comentada por DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 465 y ss. Según esta sentencia «La responsabilidad directa y objetiva de la Administración, iniciada en nuestro ordenamiento positivo por los arts. 405 a 414 de la Ley de Régimen Local de 1956, y consagrada en toda su

sentencias, que, por lo general, seguían haciendo referencia formal al criterio del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos para consolidar su competencia. La promulgación de la Ley 30/1992 ha propiciado un cambio de actitud en el tratamiento formal del asunto, pues al haberse liberado la jurisdicción de la necesidad de justificar su competencia en la materia, ahora no hay obstáculo en reconocer expresamente que el conjunto de la actividad de la Administración se encuentra comprendido en la expresión «servicios públicos»:

Así, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 9776), afirma: «En realidad, la unidad procedural, jurisdiccional y de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia no es más que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos, cláusula ésta que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales de aquélla, y que, de acuerdo con la tradición legislativa española, arranca de la Ley de Expropiación Forzosa –art. 121–, se reitera por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –art. 40– se reconoce, conforme quedó señalado con anterioridad, en los artículos 106.2 y 149.1.18.^a de la Constitución, este último al mantener como competencia exclusiva del Estado la legislación sobre “el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”, así en singular, y pasa, con las notables peculiaridades acabadas de exponer, al Título X de la vigente Ley 30/1992» (la cursiva es nuestra).

Con anterioridad, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo había ya afirmado, en su Auto de 7 de julio de 1994 (RJ 1994, 7998) que: «La Ley 30/1992, efectivamente, ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en una materia, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que ya instaurara, conforme se ha visto antes, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Y lo ha hecho claramente por una doble vía: unificando, en primer lugar, el procedimiento para la reclamación de la indemnización y, en segundo término, unificando también la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, sin duda con el decidido propósito de terminar con el gráficamente denominado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo “lamentable peregrinaje jurisdiccional”» (la cursiva es nuestra). En el mismo sentido se ha pronunciado más recientemente, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como se desprende de la lectura de su Sentencia de 4 de junio de 1996 (RJ 1996, 4975).

Tras la promulgación de la Ley 30/1992 un amplio sector doctrinal sostiene que dicha Ley ha unificado el régimen jurídico aplicable a todo supuesto de responsabilidad extracontractual en que incurra la Administración, operando con el valor semántico de la expresión «servicios públicos» que la hace referible

amplitud en los arts. 40 LRJAE y 121, 122 y 123 LEF y concordantes de su Reglamento, ha culminado, como pieza fundamental de todo Estado de Derecho, en el art. 106.2 CE (...) la legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa».

al conjunto de la actividad administrativa¹⁹. La magistratura ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente en análogo sentido, con ocasión de aportaciones científicas, proclamando que el sistema de responsabilidad de la Administración

19. *Vid.* LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pgs. 402 y ss.; y del propio autor, aunque con menor extensión, «La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: planteamiento general», en *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1995, pgs. 16 y ss.; BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993, pg. 425; PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *DA*, núm. 237-238, pg. 290, quien sostiene la afirmación con referencia a la tramitación parlamentaria de la LRJ-PAC; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, pgs. 824 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, pg. 1391; LLISET BORRELL, F. y otros: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Abella, Madrid, 1994, pg. 403; COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, EDERSA, Madrid, 1994, pgs. 729 y ss. y VÁZQUEZ GARCÍA, A.: «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pg. 156, quien la fundamenta en la peculiaridad de la naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa frente a la civil; en este mismo sentido se pronuncia IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios», *REDA*, núm. 87, 1995, pg. 424.

Debe destacarse, en el mismo sentido, que según GARCÍA ALVAREZ, G.: «Sobre la responsabilidad extracontractual de RENFE», *REDA*, núm. 74, 1992, pg. 289, la Constitución postula en su art. 149.1.18.^a un sistema de responsabilidad único, y en el art. 106.2 lo proclama de naturaleza objetiva, lo que obliga a reinterpretar la legislación anterior a la Constitución para adaptarla a ella, razonamiento que concuerda linealmente con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción citada en el texto.

Mención aparte merece, asimismo, CABALLERO GEA, J. A.: *Las responsabilidades penal y civil dimanantes del accidente de circulación*, Dykinson, Madrid, 1996, pg. 402, autor enmarcado en el contexto privatista, que adopta la misma postura con mención expresa de la sentencia de la Sala de Conflictos que citamos en el texto. También enclavado en la doctrina civilista, y concordante con la expresada opinión, es el trabajo de URIARTE RICOTE, M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 octubre 1995», *CCJC*, núm. 41, 1996, pgs. 506 y ss.

El planteamiento debe entenderse contradicho por quienes sostienen que la Ley 30/1992 no ha unificado el régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual. En este sector doctrinal se encuentran, entre otros, SAINZ MORENO, F.: «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Especial referencia a la responsabilidad

ya es unitario y no refleja distinción de régimen jurídico en función de la naturaleza jurídica (pública o privada, interior o exterior al «servicio público») de la actividad desempeñada, situación que considera derivada directamente de la Constitución Española, y reforzada en su tratamiento legislativo por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁰.

La transformación que representan este pronunciamiento y la doctrina siguiente es radical. Se reconoce sin paliativos la unidad del régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual de la Administración, con independencia de la actividad (de Derecho público o privado) desempeñada, afirmando expresamente lo que con anterioridad necesitaba escudarse tras una forzada extensión interpretativa del concepto de función administrativa, servicios públicos, o relaciones de Derecho público. Como ya se ha dicho, esta misma consecuencia podía percibirse al analizar la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída durante la vigencia de la LRJAE, sin que llegara a expresarse literalmente en las sentencias debido a la existencia del artículo 41 de la propia Ley, que exigía conectar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa con la expresión «servicios públicos», para entenderla enclavada en las «relaciones de Derecho público», expresiones ambas que habilitaban la competencia del orden contencioso-administrativo. Una vez derogada la LRJAE, y liberada la magistratura de las limitaciones que esa Ley postulaba sobre su ámbito competencial, es previsible la reiteración de los mismos planteamientos en el conjunto de asuntos de que conozca la jurisdicción contencioso-administrativa²¹.

por el no ejercicio de sus competencias», en *Estudios sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Barcelona, 1993, pg. 94; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 135 y 284; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho administrativo*, vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 699; FUERTES SUÁREZ, J. L.: «Responsabilidad de las administraciones públicas», en *Administraciones públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pg. 815; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: «La huida del Derecho administrativo. La personalidad jurídica de las administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones», en *Administración instrumental. Libro homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1994., pg. 1010 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., cuya opinión al respecto recogemos más adelante.

20. *Vid.*, en este sentido, las interesantes consideraciones efectuadas por el magistrado de la Sala 3.^a del TSJ de Andalucía, VÁZQUEZ GARCÍA, A.: «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pgs. 156 y ss.
21. En análogo sentido se ha escrito: «No sería de extrañar, sin embargo, que la unidad jurisdiccional acordada por el art. 144, *in fine*, LPC termine por difuminar un día la diferencia de los regímenes de fondo correspondientes a ambos tipos de responsabilidad [administrativa y civil] que la nueva Ley ha mantenido»; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, *op. cit.*, vol. 2, pg. 387.

Por otra parte, esta misma interpretación aparece ya recogida en alguna jurisprudencia civil:

Así, la STSJ Navarra (Sala 1.^a) de 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4257), afirma: «Al tener un alcance general y unitario el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18.^a de la Constitución, no sólo no es esencial, sino que resulta indiferente (...) que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del mismo modo que también es indiferente –art. 142.6– la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive».

Debe notarse que la referencia al artículo 142.6 se efectúa en orden a determinar la jurisdicción competente para conocer del asunto, sin que cuestione la previa extensión del ámbito sustantivo de la responsabilidad administrativa al conjunto de actividades de la Administración²². Ello supone igualmente una desviación respecto de la anterior (recogida en §1.1): ahora se formula un enfoque personalista²³ de la expresión «servicios públicos», que resultaría compren-

En cualquier caso, lo que viene sucediendo en la práctica (como demuestran las más recientes sentencias recaídas ante el orden contencioso-administrativo, en asuntos a los que la Ley 30/1992 ya resulta aplicable) es que el Tribunal se limita a recordar los requisitos generales de la responsabilidad administrativa, y a continuación se pronuncia directamente sobre el fondo del asunto, sin efectuar un razonamiento expreso que justifique la competencia para conocer del asunto, lo que revalida la opinión de que el orden contencioso-administrativo siempre se considera competente para conocer de la materia, y le aplica un mismo régimen sustantivo a toda ella; vid. STSJ País Vasco (Sala 3.^a) de 17 de octubre de 1996 (RTSJ 1997, 1344); STSJ Cantabria (Sala 3.^a) de 19 de noviembre de 1996 (RTSJ 1997, 1765); STSJ Canarias (Sala 3.^a), de 2 de diciembre de 1996 (RTSJ 1997, 2138); STSJ Asturias (Sala 3.^a) de 11 de diciembre de 1996 (RTSJ 1997, 2154) y STSJ Madrid de 12 de diciembre de 1996 (RTSJ 1997, 2276).

22. Del mismo modo, la STS (Sala 1.^a) de 27 febrero 1995 (RJ 1995, 4077), aplica el art. 40 LRJAE a un supuesto de responsabilidad extracontractual sustanciado contra la Diputación Provincial de Lérida, que por lo demás, no fue demandada en el supuesto solidariamente con ningún particular. Ello pone de relieve que, en este asunto, a pesar de considerarse competente la jurisdicción civil, entiende que el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración es unitario, y le corresponde aplicar los criterios de imputación que aparecen en las normas jurídico-administrativas.
23. De hecho, GARCÍA DE ENTERRIÁ, E.: *Los principios..., op. cit.*, pg. 200, afirmó: «La expresión “servicios públicos” hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así, pura y simplemente, a actividad de la Administración, sin buscar ningún matiz de diferenciación». No obstante, en las páginas sucesivas el autor desarrolla su pensamiento, puntuizando que la sujeción al régimen jurídico-administrativo se circunscribe a los supuestos de responsabilidad acaecidos en el giro o tráfico administrativo, esto es, en el ámbito de la actividad de la Administración en el que ésta se somete al Derecho administrativo.

siva de cualquier actividad (pública o privada) llevada a cabo por las administraciones públicas.

Entiendo, por consiguiente, que *la unificación de régimen jurídico que se ha señalado en relación con la responsabilidad administrativa extracontractual no viene realmente provocada por la unificación del procedimiento de reclamación que establece la LRJ-PAC, por cuanto ya se encontraba implícita con anterioridad en la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída en la materia ante la Sala tercera del Tribunal Supremo*. Conviene destacar, además, que la jurisprudencia hace derivar su doctrina directamente del texto constitucional, y especialmente de sus artículos 106.2 y 149.1.18.²³; de donde se desprende que, al menos en su consideración, *la Constitución Española promueve, asimismo, la unificación sustantiva del régimen de responsabilidad extracontractual aplicable a la Administración*. Tendremos ocasión de extendernos sobre todo ello en los §§2 y 3 de este mismo Capítulo. La unificación de procedimientos operada por la Ley 30/1992 no hará sino resaltar estos hechos, que salvo una ulterior modificación legislativa de signo contrario, pasarán a convertirse en un elemento natural del régimen jurídico de la materia.

1.4. El servicio público en sentido estricto (como actividad prestacional de titularidad pública), y como ejecución de ciertos contratos administrativos.

Los artículos 121.2 y 123 LEF establecen el régimen de responsabilidad extracontractual de los contratistas de servicios públicos. El artículo 121.1 LEF dispone que «Dará también lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». El artículo 121.2 añade: «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario...». El mismo régimen se extendió, asimismo, a la ejecución de los contratos de obra pública²⁴. En su virtud, se incorpora al régimen de responsabilidad

24. *Vid.* un análisis detenido de la expansión sustantiva del art. 121 LEF a los contratos administrativos de obras en JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, pgs. 165 y ss. y BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros», *REDA*, núm. 18, 1978, pgs. 399 y ss. El Consejo de Estado concuerda con esta tesis, como resulta de su Dictamen 18 junio 1970 (Expte. 36.913).

El art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado de 1975, dispone: «Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en

administrativa extracontractual la actividad de prestación indirecta de los servicios públicos, responsabilidad que será, por consiguiente, de naturaleza objetiva²⁵. Esta previsión, de carácter legal y no jurisprudencial como en otros casos, resulta compatible con la interpretación de la expresión «servicios públicos» como manifestación del giro o tráfico administrativo, pues el artículo 121.2 LEF se dirige a aclarar expresamente que *el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa se extiende no sólo a las funciones públicas desempeñadas directamente por la Administración, sino que abarca igualmente a los servicios públicos en régimen de prestación indirecta, lo que comporta una perspectiva funcionalista de la expresión «servicios públicos»*²⁶; así parece confirmarlo linealmente la STS (Sala 3.^a) 25 enero 1992

la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el plazo de un año ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía, y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

25. Esta apreciación es el mínimo común denominador de casi todos los trabajos que analizan el tema; *vid.* BOCALEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pgs. 217 y ss.; del mismo autor, «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, especialmente pgs. 404 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad de las administraciones públicas», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, vol. 1, Madrid, 1988, pg. 89; REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, pgs. 27 y ss.; PERA VERDAGUER, F.: *Expropiación forzosa*, Bosch, Barcelona, 1992, pg. 678; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 60; SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 415 y ss. y en particular, nota 90; MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 114 y ss. y RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969, pgs. 215 y ss. Estos mismos planteamientos son defendidos por el Consejo de Estado, como se desprende de algunos de sus dictámenes, como el de 12 julio 1973, que puede consultarse en la *Recopilación de Dictámenes del Consejo de Estado de 1972-1973*, pgs. 143 y ss. Inicialmente en contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pgs. 201 y ss.; con posterioridad, parece posicionarse de acuerdo con la doctrina mayoritaria, junto con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en su *Curso...*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 388.
26. En cambio, REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, pgs. 28 y ss., detecta una posible contradicción entre estas dos interpretaciones de la expresión «servicios públicos» en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, pues entiende que el criterio con que se opera en un caso es orgánico, y en el otro, funcional; según el propio autor, «a partir de estos problemas, se habrían alterado, con ese cambio de interpretación del término «servicios públicos», las bases mismas del sistema de responsabilidad incluso en los aspectos que parecían ya más pacíficos». Por ello mismo, considera a todo lo largo del trabajo, y especialmente en sus pgs. 45 y ss., que «esa interpretación funcional de los «servicios públicos» del art. 121.1 LEF no está justificada desde ningún punto de vista y produciría unas consecuencias injustas y perturbadoras de todo el sistema».

(RJ 1992, 1343). El supuesto versa sobre una explosión acaecida en un edificio como consecuencia de un escape de gas. La sentencia afirma, en primer lugar, «La cualidad de “Butano, SA”, en la función al mismo conferida en la prestación de un “servicio público”, cuyas consecuencias al estimarse improcedente la actuación de quien se le confió su satisfacción es exigible de acuerdo con lo prevenido en los artículos 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 121 de la misma», para sostener después: «Como consecuencia de lo expuesto, se concreta la responsabilidad derivada del acaecimiento objeto de autos, como efecto del funcionamiento anormal de un servicio público, en la entidad “Butano, SA” en su calidad de concesionaria», razón por la cual circunscribe en el fallo la obligación de resarcimiento a esta empresa, excluyendo de toda imputación a la Administración.

Como quedó expuesto más arriba (especialmente en los aps. 1.1 y 1.3), la interpretación unánime de la expresión «servicios públicos» en el art. 121.1 LEF es, ciertamente, de carácter orgánico. Pero, en mi opinión, ello no contradice la posibilidad de que en el art. 121.2 LEF aparezca esa misma expresión con carácter funcional, referida al significado estricto del término. Como hemos procurado destacar, conviven en nuestro Derecho diversas interpretaciones de esta misma fórmula, interpretaciones que en unos casos son contradictorias, y en otros no. Entiendo que no existe contradicción entre los aps. 1 y 2 del art. 121 LEF, que por consiguiente resultan perfectamente compatibles, y no desnaturalizan ni perturban el sistema. Creo, por otra parte, que el resultado jurisprudencial que ha deparado la aplicación de ambos preceptos es expresivo de la convivencia simultánea de estas interpretaciones en nuestro Derecho, a pesar de que el autor citado sostenga que tal situación no trae causa de una interpretación funcional del art. 121.2 LEF, sino de otras razones diferentes; *vid.* esta afirmación en pg. 29 de su trabajo, y la exposición de los distintos fundamentos en que la apoya en pg. 28, nota 5.

En efecto, concuerda con cuanto afirmamos la SAT Oviedo 18 marzo 1976, recogida y comentada por BOCANEGRA SIERRA en sus dos estudios citados sobre el tema. En «La responsabilidad civil...», se extrae de ella el siguiente pasaje: «La Administración Pública responderá de los daños causados a terceros que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aludiendo el ordenamiento jurídico con esa expresión legal a todo tipo de actuación administrativa ejercitada desde la posición privilegiada que a la Administración corresponde como persona jurídica de Derecho público; en ella se engloba –dice el Dictamen del Consejo de Estado de 18 junio 1970– la ejecución de las obras públicas, ya lo sean con servicios y medios propios, ya mediante la interposición de un contratista privado: el titular de la obra pública es siempre la Administración, que en ningún momento deja de ejercitar sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros» (la cursiva es nuestra).

La posición personal del profesor REBOLLO en esta cuestión se recoge en las pgs. 47 y ss. del trabajo citado, donde no fundamenta el deber de reparación de la Administración en la dependencia orgánica del contratista o concesionario, sino que considera posible inferir del ordenamiento jurídico un principio general en cuya virtud «es responsable de los daños causados por otro aquel que tiene sobre éste unas facultades de injerencia o dirección tales que le permiten determinar su actividad pero que, en el caso concreto, no empleó la diligencia exigible para prevenir y evitar esos daños». En este sentido, el daño sería reparable por la Administración, aunque resulte imputable al contratista, conforme a una precisión conceptual que el propio autor efectúa en pg. 35.

En punto a describir el reparto de jurisdicción que comporta este régimen jurídico, es preciso exponer tres problemas conexos existentes en la cuestión. El primero consiste en determinar si la responsabilidad objetiva del concesionario es extensible al conjunto de su actividad²⁷, o únicamente a las parcelas de la misma referidas estrictamente al ejercicio de funciones públicas, esto es, a la prestación del servicio²⁸; personalmente, coincido con este último planteamiento, pues considero que el régimen de la responsabilidad administrativa sólo resulta predictable en aquellos aspectos que supongan el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas²⁹ (el desempeño estricto del servicio público o a la ejecución de la obra pública, que es, en definitiva, lo que postula literalmente la Ley), sin que deba extenderse a la actividad de Derecho privado desempeñada por los particulares (a su «giro o tráfico específico», despegado de la prestación del servicio o la ejecución de la obra), aunque ocasionalmente resulte difícil precisar si el evento dañoso se produjo o no en el marco de la relación de servicio público³⁰.

-
27. Postura que sostienen BOCALEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, pg. 405, y después, en «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pgs. 212 y ss. y 218 y ss. y SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pg. 145.
 28. Así lo defienden GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *RDAF*, núm. 44-45, 1976, pgs. 247 y ss.; y, en la doctrina civilista, DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 457, quien, además, infiere la presencia de estos mismos planteamientos en la jurisprudencia contencioso-administrativa y CLAVERO ARÉVALO, M. F., como exponemos en la nota siguiente.
Con ello concuerda, asimismo, el Consejo de Estado, como se desprende de sus dictámenes de 13 julio 1967 (Expte. 34.689) y 11 julio 1968 (Expte. 35.551). Sobre la relevancia de la doctrina del Consejo de Estado en materia de responsabilidad administrativa, *vid.* PÉREZ BOLAÑOS, H.: «El Consejo de Estado en la responsabilidad de la Administración del Estado», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, vol. 2, Madrid, 1988, pgs. 1431 y ss.
Por su parte, GARCÍA DE ENTERÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pgs. 197 y ss., sostuvo inicialmente una postura similar, pero reduciendo la aplicación del Derecho administrativo a los concretos supuestos en que el concesionario ejerza verdaderos «poderes públicos», como la expropiación, la imposición de servidumbres o ventas forzosas, etcétera.
 29. Como sostiene CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pg. 246: «Es patente que en la actuación de todo concesionario, con arreglo a los principios de nuestro sistema administrativo, se pueden distinguir dos zonas: una, totalmente dominada por el Derecho público, por cuanto ejerce una función pública —gestiona un servicio público—, y otra, dominada por el Derecho privado, por cuanto su personalidad no se publica por el hecho de la concesión y, por ende, interviene en multitud de relaciones de naturaleza civil o mercantil».
 30. Entiendo que el régimen resulta de aplicación a toda actividad del concesionario o contratista desempeñada en el marco del servicio público o ejecución de la obra pública, pero

El segundo problema viene provocado por la existencia de un procedimiento administrativo específico, conforme al cual exigir la responsabilidad (de la Administración o del contratista) derivada de la prestación de los servicios públicos en sentido estricto. Así, el artículo 123 LEF dispone: «Cuando se trate de servicios públicos concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución deja abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso». De este artículo se desprende que la vía de reclamación por daños derivados de la prestación indirecta de los servicios públicos será siempre administrativa, con independencia del régimen jurídico de fondo aplicable al supuesto (responsabilidad objetiva o culposa). *Al concluir el procedimiento mediante un acto administrativo, residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta que esta última es la única competente para conocer de las pretensiones de indemnización derivadas de la prestación de servicios públicos, con independencia de que el deber de reparación sea imputable a la Administración o al concesionario*³¹. Así queda de manifiesto la cuarta acepción de la expresión «servicios públicos» como criterio de reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa extracontractual. Esta apreciación es prácticamente unánime en la doctrina³², aunque en éste como en el resto de supuestos analizados, la jurisdicción civil se haya considerado competente para resolver los litigios en que fuera parte demandada el concesionario o contratista, ya le resulte imputable la responsabilidad a éste o no³³.

no a otros ramos de actividad de la empresa distintos de ese ámbito, como la prestación de transporte discrecional por parte de una compañía concesionaria de una línea de transporte regular de viajeros, o la ejecución a terceros de obras privadas por parte de empresas que son, al propio tiempo, contratistas de la Administración.

31. La solución tardó en implantarse, a pesar de la claridad de los textos positivos, como explica BOCANEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad de los contratistas...», *op. cit.*, pgs. 398 y ss. y «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pg. 209. Entre los autores que siguen esta postura, aparte del citado, *vid.* CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pg. 239; DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos», AA, núm. 17, 1990, pgs. 197 y ss.; RIVERO YSERN, E.: *El Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pg. 229; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 56 y ss.; LLISSET BORRELL, F.: «La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa», RAP, núm. 80, 1976, pg. 221; REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, pg. 30; MORALES & SANGUJO: *Manual...*, *op. cit.*, pg. 193; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 178 y ss. y GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», en *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, pgs. 953 y ss.
32. Tal vez, con la sola salvedad de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pg. 202; y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. loc. ult. cit.*, quien considera competente a la jurisdicción civil cuando el contratista o concesionario actúe dentro del giro o tráfico específico de su empresa.
33. Resumiendo el asunto con palabras sobradamente autorizadas: «*A la luz de lo dispuesto en el*

El tercer problema presente en este asunto resulta adyacente a la cuestiones que nos corresponde tratar ahora: consiste en precisar si *a*) la Administración habrá de responder directamente en todo caso de los daños generados, y repetir después contra el concesionario en el caso de que la responsabilidad le resulte imputable a éste³⁴; o bien si *b*) la sentencia puede condenar directamente al

*art. 123 LEF, la jurisdicción contencioso-administrativa es la única para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad extracontractual de los concesionarios de las Administraciones públicas por los daños causados a terceros a consecuencia de los servicios públicos concedidos. Los Tribunales civiles, sin embargo, han venido conociendo y estimando sin problema alguno tales pretensiones, instaurando en la práctica (pero *contra legem*) un sistema de libre opción de la jurisdicción en beneficio del perjudicado»; cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 63 (la cursiva es nuestra). Exactamente las mismas expresiones, pero referidas a los contratos de obras públicas, pueden encontrarse en la pg. 67 de la misma obra.*

En este sentido, puede consultarse la STS (Sala 1.^a) 27 febrero 1995 (RJ 1995, 1649), en la que se afirma: «En toda concesión administrativa es elemental distinguir, por un lado, las relaciones entre el concedente y el concesionario, y por otro, las relaciones entre concesionario y público o usuarios, y mientras las primeras se rigen por el Derecho Público, las segundas, en cambio, afectan al Derecho particular». Del mismo tenor resultan los siguientes pronunciamientos: STS (Sala 1.^a) 20 junio 1994 (RJ 1994, 5025); SP San Sebastián 11 enero 1996 (AC 1996, 928); SAP Barcelona 18 abril 1996 (ED 1996, 2029); SAP León 7 junio 1996 (ED 1996, 2340) y SAP Málaga 21 junio 1996 (ED 1996, 2221).

De otro lado, y a pesar de que estos casos reflejen supuestos de concesión de bienes de dominio público, y no de servicios públicos, puede citarse la STS (Sala 1.^a) 19 diciembre 1995 (RJ 1995, 9426), en la que se conoce acerca de una reclamación de responsabilidad extracontractual ejercida contra el concesionario de una autopista debido a un accidente ocurrido como consecuencia del humo que invadía la calzada, a causa de un incendio adyacente que se mantuvo por espacio de varias horas sin que la concesionaria lo sofocara ni advirtiera a los usuarios del peligro. En análogo sentido, SAP San Sebastián 26 febrero 1996 (ED 1996, 1838); SAP Zaragoza 7 octubre 1996 (ED 1996, 2554) y SAP Pontevedra 11 marzo 1997 (ED 1997, 1004).

En cambio, la reciente Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 junio 1994, en la que se produjo un daño extracontractual en la vía pública debido a las obras que realizaba un contratista de la Administración, entiende que la competencia del asunto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debido a que el funcionamiento del servicio público «resultaba dominante» en el origen causal del daño alegado.

34. Conviene ponderar la extraordinaria expansión que aquí se produce de la imputabilidad de responsabilidad a la Administración: así, un simple atropello por parte de un autobús que preste el servicio público de transporte regular de viajeros por carretera sería en todo caso un supuesto de responsabilidad administrativa del que debería responder en primer término la Administración, para luego repetir el pago contra la compañía concesionaria del servicio. Asimismo, la caída de una persona en una calicata abierta en la calle para la renovación de la red de abastecimiento de agua, debido a que no se encontraba debidamente señalizada, supondría igualmente un caso de responsabilidad administrativa cuya reparación correspondería a la Administración.

Además de la dudosa expansión que por esta vía se consigue de la obligación de resarcimiento que se hace recaer sobre la Administración (aún reservándole una acción subroga-

concesionario, caso de que éste resulte responsable. Esta última interpretación, que comparto, parece la más extendida³⁵.

toria contra el contratista), debe tenerse en cuenta la confusión que puede provocar en el particular recurrente, pues en ocasiones se presentan frente a terceros actividades privadas con apariencia de servicios u obras públicas. Así, las zanjas abiertas por compañías de suministro eléctrico, o la construcción de un aparcamiento privado.

35. Entre los autores que sostienen la primera postura reflejada en el texto, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 23, 1979, pg. 552; DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 197 y ss.; DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 458; SUAY RINCÓN, J.: «La ejecución...», *op. cit.*, pg. 415; GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 953 y ss. y LLISET BORRELL, F. y otros: *Régimen jurídico...*, *op. cit.* pg. 364.

Estos planteamientos fueron recogidos en el Dictamen del Consejo de Estado de 1 octubre 1987 (Expte. 50.249): «Cuando una de las causas del evento sea el funcionamiento del servicio público, la Administración será siempre responsable, de forma directa e inexcusable, aunque concurran otras causas y otros posibles responsables». Asimismo, han sido compartidos ocasionalmente por la jurisprudencia, como atestiguan la SAT Oviedo (Sala de lo Contencioso), de 18 marzo 1976 (RJ 1976, 2025), la STS 29 septiembre 1989 (RJ 1989, 6683), y la STS 9 mayo 1989 (RJ 1989, 4487), de la que fue ponente el propio GONZÁLEZ NAVARRO. Por último, el orden jurisdiccional civil, cuando ha conocido de asuntos en materia de responsabilidad extracontractual derivada de la prestación indirecta de servicios públicos, también ha entendido que la Administración es responsable directa de cualquier daño provocado por el concesionario, aunque haya aplicado en sus análisis criterios culposos de imputación de responsabilidad; en este sentido, *vid.* los ejemplos recientes que representan en esta cuestión las SSAP Teruel 14 marzo 1996 (ED 1996, 1225) y Pontevedra 15 mayo 1996 (ED 1996, 1331); así como el análisis específico que a estos efectos lleva a término MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente...*, *op. cit.*, en especial pgs. 114 y ss.

Por el contrario, se adscriben a la segunda de las interpretaciones expuestas en el texto BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, pg. 403, y «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pg. 233; GARCÍA DE ENTERÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pgs. 201 y ss.; MUÑOZ LÓPEZ, A.: «Problemática en torno a la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados en la ejecución de obras públicas», en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado (1966-1973)*, vol. 1, pg. 105; MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente...*, *op. cit.*, pgs. 129 y ss.; LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1983, pg. 325; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1988), pgs. 89 y ss.; MESTRE DELGADO, J. F.: «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho municipal*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1988, pgs. 1258 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 178 y ss.

Esta misma interpretación es compartida por el Consejo de Estado en sus dictámenes 13 julio 1967 (Expte. 34.689); 13 octubre 1977 (Expte. 41069); 17 marzo 1981 (Expte. 43.168); 27 octubre 1982 (Expte. 44.505); 18 noviembre 1982 (Expte. 44.847); 26 abril 1985 (Exptes. 47.626-27); 5 julio 1986 (Expte. 49.254) y 29 julio 1986 (Expte. 49.615). Asimismo, se refleja en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como en sus Sentencias 25 enero 1992 (RJ 1992, 1343); 31 julio 1989 (RJ 1989, 6193) y 28 mayo 1980 (RJ 1980, 2844), que matizó, precisamente, los postulados de la dictada por la Audiencia Territorial de Oviedo, anteriormente citada.

El régimen jurídico que acaba de exponerse no ha sido modificado por la Ley 30/1992; sin embargo, sí se ha visto afectado por lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece un procedimiento de exigencia de responsabilidad diferente del analizado. Dada la especificidad del tema, su estudio se aborda en el próximo Capítulo (§7); para entonces resultarán de utilidad algunas afirmaciones que hemos anticipado aquí.

2. LAS RELACIONES DE DERECHO PÚBLICO O PRIVADO. LA INDISOCIABILIDAD DE REGIMENES JURÍDICOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRACONTRACTUAL

El artículo 41 LRJAE estableció un reparto de jurisdicción entre el orden civil y el contencioso-administrativo basado en el criterio del Derecho sustantivo aplicable³⁶. Este precepto constituye el criterio más importante de distribución competencial que ha conocido la materia en examen, y sus consecuencias todavía perduran, como tendremos ocasión de exponer en Capítulo III. Conviene, por consiguiente, conocer en profundidad la problemática que suscitó, aunque restrinjamos la exposición a los aspectos que aún presentan interés en función de la nueva regulación dispuesta por la Ley 30/1992³⁷.

El principal interrogante que se plantea es determinar el alcance de la expresión «relaciones de Derecho privado» que aparece en el artículo 41 LRJAE. *La interpretación más extendida en la doctrina jurídico-administrativa es la de referirla al «giro o tráfico administrativo», esto es, a la actividad que es propia de la Administración*

Por último, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 70 y ss., y en especial pg. 75, parece postular una solución intermedia, conforme a la cual la Administración respondería en los concretos supuestos previstos en la Ley, y además, cuando omita el ejercicio de sus poderes de dirección y control sobre la obra pública concedida o el servicio público contratado, visión con la que coincide sustancialmente la expresada por MARTÍN REBOLLO, L., *op. loc. ult. cit.* Entiende respaldada esta postura por la STS 17 marzo 1980.

36. Dada su relevancia a los efectos que nos ocupan, conviene recordar el tenor expreso de este precepto: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».
37. Esta Ley ha unificado el régimen jurídico del reparto competencial en materia de responsabilidad extracontractual de todas las administraciones públicas, por lo que no interesa exponer los problemas que se plantearon en relación con la aplicación del art. 41 LRJAE a las corporaciones locales.

ción³⁸. Representa, por tanto, un criterio funcionalista de reparto, articulado con arreglo al tipo de actividad que se desempeña. Sin embargo, existen grandes discrepancias en orden a determinar la extensión de este criterio, sobre todo cuando el daño viene generado por actuaciones materiales, pues resulta francamente difícil determinar si tales actuaciones son manifestación de relaciones privadas, o consecuencia inevitable del giro o tráfico administrativo³⁹: la distinción efectuada de este modo no sólo es tremadamente sutil, sino también arriesgada, pues el contorno de cada ámbito no puede ser definido con precisión⁴⁰. Ello tuvo inevitable reflejo en la jurisprudencia, manejándose una inter-

-
38. La afirmación se corresponde con la asimilación que postulaba la doctrina administrativista entre las expresiones «servicios públicos» y «relaciones de Derecho público»; y asimismo, con la concepción más extendida del Derecho administrativo, entendido como Derecho estatutario propio de la Administración, cuya especificidad vendría dada en las materias que constituyen el giro o tráfico administrativo, es decir, la actividad administrativa típica; *vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. 1, *op. cit.*, pgs. 54 y ss. En la medida que el Derecho administrativo se dirige a regular el giro o tráfico administrativo, la Administración actúa en relaciones de Derecho público cuando ejerce precisamente ese giro o tráfico, por lo que en el resto de los casos se somete al Derecho privado, y es consecuente con todo ello atribuir el conocimiento de la responsabilidad extracontractual que se genere en estas relaciones al orden jurisdiccional civil.
 39. «Uno de los supuestos en que más dificultades plantea la delimitación de cuándo un ente público actúa como tal –sujeto al Derecho administrativo– o como cualquier otro –sujeto al Derecho civil– es el de la responsabilidad extracontractual. De aquí que sea una de las materias en las que con más insistencia se haya exigido la unidad de orden jurisdiccional para juzgar a la Administración pública»; cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, pg. 92. A mayor abundamiento, sostiene el propio autor: «Realmente, resulta difícil distinguir entre los daños ocasionados por una Administración pública en ejercicio de sus prerrogativas y los causados cuando actúa como cualquier otra persona jurídica»; cfr. «La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)», *op. cit.*, pg. 39.
 40. El art. 41 LRJAE ha sido valorado con palabras tan demoledoras como las siguientes: «Un somero análisis de la jurisprudencia pone de relieve cómo los efectos originados por el citado artículo 41 LRJAE son verdaderamente nocivos: así, por de pronto, provoca la discusión acerca de si la dualidad de jurisdicciones rige exclusivamente en el ámbito de la Administración del Estado o también en el de la Administración local e institucional; plantea la problemática de su interpretación ante una expresión tan ambigua como la de que “el Estado actúe en relaciones de Derecho privado”; origina el desconcierto entre los litigantes dañados por la actuación de la Administración que, bajo una no muchas veces correcta dirección letrada, pueden dejarse los años y la paciencia en una de las vías jurisdiccionales para que en la última instancia de la misma se les diga que la procedente era la otra; y, finalmente, da lugar a sentencias verdaderamente desconcertantes, cuyo único fundamento se encuentra en el principio de equidad (así, p. ej., sentencias de la jurisdicción civil en las que se reconoce que, probablemente, la competente era la contenciosa, pero para evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” se accede a la pretensión de indemnización, dictándose una sentencia sobre el fondo del asunto)»; cfr. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ,

pretación diferente del alcance del artículo 41 LRJAE por parte de los órdenes civil y contencioso-administrativo: el orden civil, aplicando una interpretación extraordinariamente restrictiva de la expresión «relaciones de Derecho público»⁴¹; y el orden contencioso-administrativo, extendiendo considerablemente el alcance de esos mismos conceptos.

Conviene destacar que, en lo referente a la jurisdicción contencioso-administrativa, *la consolidación de la línea interpretativa que identifica la expresión «servicios*

P.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid, 1989, pgs. 727 y ss. *Vid.*, asimismo, MARTÍN-RETORELLA BAQUER, L.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», *RAP*, núm. 42, 1968, pg. 192 y pgs. 199 y ss.; DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 420 y ss.; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pg. 42 y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción», *REDA*, núm. 4, 1975, pgs. 83 y ss.

41. En asuntos recientemente resueltos, a los que todavía no resulta de aplicación la Ley 30/1992, persisten aún los pronunciamientos en el orden civil que condenan a la Administración territorial por daños extracontractuales producidos en relaciones de Derecho público, como atestiguan la SAP Cádiz, 3 octubre 1996 (ED 1996, 2035); o la SAP Guadalajara 26 enero 1996 (AC 1996, 49). Asimismo, es de recordar la SAP Córdoba de 22 mayo 1992 (citada por DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 418 y ss.), que conoció y resolvió sobre el fondo de un asunto en que se reclamaba exclusivamente contra un Ayuntamiento (sin demanda solidaria contra funcionario público o asimilado) por un accidente de tráfico ocurrido como consecuencia del deslizamiento que provocó la cera derramada en la calzada de la localidad por los cortejos procesionales, que no había sido oportunamente retirada por los servicios públicos de limpieza; a pesar de la evidente inclusión del supuesto en el marco del funcionamiento de los servicios públicos, es el orden civil quien conoce y resuelve el asunto. Así, ARGULLOL MURGADAS, E.: «Conservación del dominio público y responsabilidad administrativa», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, pgs. 63 y ss., analiza el supuesto como expresión del funcionamiento anormal de los servicios públicos, sometiéndolo al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual.

Debe aclararse que el análisis jurisprudencial se circunscribe aquí únicamente a la Administración territorial, porque un poco más abajo se analiza específicamente lo que sucede en este mismo sentido con la Administración institucional. Asimismo, en el Capítulo III tendremos ocasión de comprobar que la jurisdicción civil se sigue considerando competente para conocer de estos asuntos tras la promulgación de la LRJ-PAC, con base en criterios semejantes a los que mencionamos ahora.

Por otra parte, ya tuvimos ocasión de anticipar lo que sucedía en el tema tratado con ocasión del análisis de la expresión «servicios públicos» como criterio de reparto de jurisdicción, habiendo citado con anterioridad las sentencias que amplían el ámbito competencial del orden jurisdiccional civil con base en el criterio de la marginalidad del acto dañoso en el contexto del servicio público, o en la exclusión del concepto de funciones públicas de actividades que claramente lo son. Así, la STS (Sala 1.^a) de 22 abril 1996 (RJ 1996, 3492), conoce de la reclamación de responsabilidad dirigida contra la Administración como consecuencia de los daños provocados por un vehículo oficial en servicio público

«públicos» con el conjunto de la actividad administrativa⁴² repercute sensiblemente sobre el criterio de reparto referido a las relaciones de Derecho privado. En efecto, en la medida que el «funcionamiento de los servicios públicos» abarca a toda actividad desempeñada por la Administración, no queda resquicio para la causación del daño en relaciones de Derecho privado cuando el ente actuante sea una Administración pública. En consecuencia, la expresión «relaciones de Derecho privado» aparece implícitamente concebida como un criterio personalista de reparto de jurisdicción, abarcando solamente aquellos supuestos en que la Administración actúa en el tráfico jurídico mediante personas interpuestas, dotadas de personalidad jurídico-privada. Unicamente las sociedades mercantiles públicas resultan incluidas en la expresión tras la delimitación del concepto, por cuanto incluso los organismos autónomos, titulares de doble personalidad jurídica, desempeñan «servicios públicos» entendidos como funciones administrativas⁴³.

Tampoco es ajena a la expansión competencial de la jurisdicción contenciosa en este punto la doctrina recaída sobre el mismo artículo 41 LRJAE en relación con los daños derivados de la *actuación de los funcionarios y agentes de la*

(transporte de autoridad), con base en el hecho de que la relación de fondo es jurídico-privada, y tratarse en este caso de una incidencia marginal al servicio.

Resultará sumamente ilustrativa de la actitud del orden jurisdiccional civil la consulta de la obra, ya citada, de MORALES & SANCHO: *Manual práctico...*, *op. cit.*, pgs. 195 y ss., donde se recoge un elenco abrumador de sentencias en las que el orden jurisdiccional civil se ha reconocido competente con generalidad frente a las reclamaciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra la Administración. *Vid.*, asimismo, DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 407, quien también ofrece una relación considerable de sentencias en las pgs. 420 y ss. de la misma obra.

En este sentido, BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 731 y ss., detectó una serie de tendencias correctoras en la jurisprudencia civil, que no han parecido generalizarse con el paso de los años, a pesar de que sigan encontrándose sentencias en que dicho orden se estima incompetente por tratarse de relaciones de Derecho público, como es el caso de la STS (Sala 1.^a) de 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9405) en la que se dilucidaba la responsabilidad extracontractual de la Administración por la defectuosa conservación de la valla protectora de una carretera; o la SAP Santander 25 abril 1996 (ED 1996, 1213), en la que se reclamaron los daños derivados del envite de una vaquilla en un festival taurino organizado por un Ayuntamiento. Como sostiene DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 464, en relación con otros casos análogos, sentencias como éstas no son representativas de la doctrina actual más común en el orden civil.

42. Que fue analizada en el epígrafe 1.3 de este Capítulo, donde se destacó su definitiva implantación en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa.
43. Son paradigmáticas de este planteamiento las sentencias recaídas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con los daños patrimoniales infligidos por RENFE, o por Correos y Telégrafos: *vid.* últimamente STS (Sala 3.^a) 2 enero 1996 (RJ 1996, 173) y la STS (Sala 1.^a) de 17 de febrero de 1997 (AJA 1997, núm. 292/37).

Administración. Debido a su especificidad, la cuestión se aborda más adelante⁴⁴, y por no duplicar el tratamiento del asunto, conviene eludir ahora su exposición en detalle. Interesa precisar, no obstante, que la jurisdicción contencioso-administrativa viene considerando que toda actuación de los funcionarios o agentes de la Administración en el desempeño de funciones administrativas (inclusive las de ejecución material) resulta referible al funcionamiento de los servicios públicos, y por consiguiente, constituyen actos de la propia Administración, no de su personal, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa ha considerado de aplicación a estos casos el artículo 40 LRJAE, en lugar del 41 de la propia Ley, lo que determina su adscripción al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a efectos de exigencia de responsabilidad.

El tratamiento que la jurisdicción civil otorgaba al juego conjunto de las cláusulas «servicios públicos» y «relaciones de Derecho privado» deparó asimismo un resultado radicalmente distinto del postulado por la jurisdicción contencioso-administrativa *en relación con la actividad desarrollada por los entes instrumentales*, y especialmente, con los que ostentaran formas jurídico-públicas de personalización o desempeñaran servicios públicos⁴⁵. Debido a que, por referencia expresa del legislador, estos entes actúan en el tráfico jurídico con personalidad jurídico-privada, el orden jurisdiccional civil se ha venido considerando competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra tales entes, incluso cuando la prestación que se les hubiera encomendado resultara comprensiva del desempeño de servicios públicos (al menos en la concepción de este término que manejan la jurisdicción contenciosa y la doctrina administrativista), y a pesar de que no se demandase solidariamente contra la Administración y el agente causante del daño. Es el caso, sobradamente conocido, de la responsabilidad extracontractual de RENFE⁴⁶, o de las

-
44. Principalmente, en el Capítulo III, §1.5, aunque lo allí expuesto se relaciona, asimismo, con lo que se tratará en el Capítulo II, §6.
45. Sobre el tema, *vid.* CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pgs. 238 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 153 y ss.; BOCALEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas...», *op. cit.*, pg. 405, nota 31; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 78 y ss. y REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, pg. 27, nota 4.
46. *Vid.*, recientemente, las SSTS (Sala 1.ª) 22 enero 1996 (RJ 1996, 250) y 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3626); o la SAP Vitoria 11 mayo 1996 (ED 1996, 2141). La más reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo concuerda con los planteamientos que venía sosteniendo en la materia el orden civil, contra lo que postula la doctrina administrativista, todo lo cual es destacado por GARCÍA ALVAREZ, G.: «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 281 y ss. El común de la doctrina administrativista (para cuyo conocimiento puede consultarse ese trabajo) recuerda la necesidad de que los entes instrumentales gestores de servicios públicos se sometan al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual que se desprende de los arts. 121 y ss. LEF (ya comentados en §1.4), pues resulta

entidades del sistema público de salud⁴⁷. Como se aprecia, ello comporta un criterio personalista de reparto de jurisdicción (radicado en la personalidad jurídico-privada con que se configuran estos entes en su actividad relacional), en cuya virtud el conjunto de los daños generados como consecuencia de la actuación de las personificaciones instrumentales de las Administraciones públicas eran conocidos por el orden civil, aunque no se recurriese solidariamente contra el particular causante del daño. La doctrina académica reaccionó tempranamente contra estos argumentos, afirmando que la expresión «relaciones de Derecho privado», referida a los entes institucionales, debía entenderse como actividad mercantil e industrial, y asimismo, la actividad de la Administración de gestión de su patrimonio privado⁴⁸.

claramente contradictorio defender que dichos artículos se aplican a los servicios públicos concedidos a los particulares, y no a los desempeñados por entes en mano pública, debido a que estos últimos ostenten una forma de personificación jurídico-privada.

47. Así, SSTS (Sala 1.^a) 8 abril 1996 (RJ 1996, 2988), 11 marzo 1996 (RJ 1996, 2415) y 27 febrero 1995 (RJ 1995, 4077). Todas ellas se apoyan en el argumento de que las entidades de salud no son manifestación del ejercicio de potestades soberanas por parte de la Administración, sino que constituyen una actividad que el Estado desempeña como empresa privada, esto es, en relaciones de Derecho privado, lo que habilita la competencia del orden jurisdiccional civil. El contenido de la última sentencia citada es sintomático de la tensión que representa el conocimiento del asunto por el orden jurisdiccional civil. El ponente advierte en primer término que «la actuación de la entidad pública demandada, *aunque se facilitase en virtud de una obligación legal*, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, *sino como entidad privada* para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el *artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado, es decir, cuando actúa en relaciones de Derecho privado*»; hasta aquí, se demuestra la operatividad de la expresión «relaciones de Derecho privado» como criterio personalista de reparto en relación con las administraciones instrumentales. Pero más adelante se confiesa que «lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código Civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir al Estado, o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». En su virtud, aplica al caso este último régimen jurídico, operación que aparece justificada en un fundamento jurídico anterior de la propia sentencia, donde se recuerda que «En reiteradas ocasiones y en aras del principio de economía procesal, con resonancia constitucional por el de tutela efectiva, no se ha accedido a remitir al justiciable a iniciar lo que ya se conoce como “peregrinaje jurisdiccional”». Como se observa, se comienza por justificar la competencia del orden civil para conocer del asunto, con base en el art. 41 LRJAE; y a continuación, se aplica al supuesto un régimen sustantivo de responsabilidad extracontractual cuyo conocimiento se encuentra atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa.
48. *Vid. MARTÍN REBOLLO, L.: La responsabilidad..., op. cit., pg. 170; PANTALEÓN PRIETO, F.: Responsabilidad civil..., op. cit., pg. 28 y GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», op. cit., pg. 1004.*

En mi opinión, en el fondo de la problemática expuesta, que ha deparado la coexistencia de criterios interpretativos claramente antagónicos en cada uno de los órdenes jurisdiccionales citados, subyace un problema que, aun habiendo sido constantemente reiterado por la doctrina académica, no ha llegado a plasmarse expresamente en los pronunciamientos judiciales. Se trata de la dificultad de delimitar cuándo el daño provocado como consecuencia de una actividad material deriva de relaciones de Derecho público o privado. El cirujano que opera en un centro público de salud, la señalización y mantenimiento de una vía pública, la gestión de correspondencia, el traslado de un cargo público en un vehículo oficial, son todas actuaciones realizadas en el marco de funciones propias de la Administración, pero resulta difícil determinar si el daño material que generan se encuentra o no regulado por el Derecho administrativo; si la respuesta fuera positiva, la jurisdicción competente sería la contencioso-administrativa, a pesar de que el resultado lesivo venga derivado de una actuación material o de ejecución, y no de un acto administrativo en sentido estricto⁴⁹. Circular por una carretera ¿supone actuar en una relación de Derecho público? Ser atropellado por un vehículo público ¿es una relación de Derecho privado? La valoración depende del orden jurisdiccional que conozca del asunto. Pero cuando la jurisprudencia resuelve estos interrogantes no pone de manifiesto la dificultad de distinguir la relación de fondo que genera el daño, sino que interpreta directamente el sentido de la norma jurídica, atribuyéndole un significado específico. Dada la complejidad intrínseca de la interpretación, las respuestas que ofrece cada orden jurisdiccional son diferentes e incompatibles entre sí. Y ello genera, a su vez, un problema de envergadura muy superior al que pretendía resolverse, repercutiendo en el conjunto del sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración, pues al proclamarse competente en la materia un determinado orden jurisdiccional, condiciona no sólo el significado de la expresión «relaciones de Derecho público» o «privado», sino igualmente, el de la expresión «servicios públicos», lo que determina la inclusión (o exclusión) en el régimen de la responsabilidad administrativa de ciertas cuestiones que, tal vez, no fue voluntad inicial del legislador incluir (o excluir) en este régimen jurídico.

49. En este sentido, afirma CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pg. 234: «El tema de las operaciones materiales es de verdadera importancia en el Derecho Administrativo por cuanto son actuaciones de la Administración o imputables a ella, que no se rigen por las mismas reglas del acto administrativo, aunque si están reguladas por el Derecho Administrativo. Unas son mera ejecución de actos administrativos previos, pero otras tienen una entidad y autonomía previas, desligadas de cualquier acto administrativo. En estos casos, muy frecuentes en materia de responsabilidad de la Administración, tales como omisiones, mal estado de obras o servicios que da lugar a daños, etc., se hace preciso salvar el dogma del acto previo, pidiendo antes a la Administración la indemnización procedente para que ésta produzca un acto recurrible sobre la cuestión. En estos supuestos no se pide a los Tribunales la anulación del acto productor del daño, sino simplemente la del que no dio lugar a la reparación».

Personalmente, comparto los criterios manejados por los operadores jurídico-administrativos. Abundando en ellos, considero forzoso reconocer que el conjunto de atribuciones de que disfruta la Administración se dirige a la satisfacción del interés general. La Administración puede acometer esta tarea conforme a su Derecho específico, o bien con arreglo al Derecho privado, pero en todo caso se encuentra vinculada por una serie de garantías constitucionales, y en particular, por la obligación de resarcir las consecuencias lesivas que se deriven de su actuación. La esfera de las relaciones jurídico-privadas que entabla la Administración viene representada propiamente por la ejecución material de sus funciones públicas. Tales actuaciones no se comprenden sin el soporte que las respalda: el desempeño del servicio público, esto es, la satisfacción del interés general. Por ello, desde el punto de vista dogmático, resulta imposible desligar la función pública encomendada a la Administración de su ejecución material, aunque esta última se acometa mediante instrumentos jurídico-privados, o mediante funcionarios o agentes de la Administración⁵⁰. Si se actúa de este modo, desgajando la causa del efecto, se priva a los administrados de una garantía constitucional, cual es la de disfrutar de un régimen específico de responsabilidad extracontractual frente a la potencialidad lesiva de la actuación administrativa, en virtud de una división que, en mi opinión, sólo pretende articular la atribución competencial de un asunto en beneficio del orden jurisdiccional civil. Si, como postula el principio general del Derecho, «la causa de la causa es causa del mal causado», sólo cabe reconocer que el daño generado por la Administración en relaciones de Derecho privado trae causa de las funciones públicas que desempeña, pues únicamente en atención a tales funciones disfruta la Administración de la posibilidad de someterse al Derecho privado: para satisfacer más adecuadamente las tareas que tiene encomendadas. Las secuelas derivadas de la actividad jurídico-privada de la Administración, en tanto que consecuencias negativas de su actuación, no son sino el reflejo materializado de sus funciones jurídico-públicas, su resultado lesivo. Por esta misma razón, considero que no sólo resulta difícil, sino completamente impropio, concebir el daño infligido por una actividad material de la Administración (ya en relaciones de Derecho público, ya en relaciones de Derecho privado) como una actuación ajena a la

50. En este sentido, sostiene CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. loc. ult. cit.*: «Evidentemente, la posibilidad de que los daños producidos por operaciones materiales administrativas se resarzan y que tales acciones correspondan a la jurisdicción contencioso-administrativa es una consecuencia de la expresión funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos empleada por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que no reduce la procedencia de la responsabilidad sólo a los casos de daños producidos por actos administrativos».

Debemos puntualizar que las actuaciones materiales a que se refiere el autor son las derivadas de los servicios públicos entendidos como manifestación del giro o tráfico administrativo, y no las que se pongan de relieve con ocasión de las actuaciones de la Administración desprovistas de poder.

dimensión del servicio público que se refleja en el artículo 106.2 del Texto Constitucional.

Como puede observarse, ello explica que la jurisdicción contencioso-administrativa se haya visto forzada, cada vez más claramente, a proclamar que el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual abarca al conjunto de la actividad de la Administración (como quedó expuesto en §1.3), pues de otro modo no podría conocer de los asuntos en que se reclamaba frente a los daños generados por la actividad meramente material de la Administración, al no resultar competente para aplicar un régimen jurídico de Derecho común a esos daños materiales. Tiene que valorarlos como daños generados en la prestación de un servicio público, y ello extiende correlativamente el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa, lo que, desde mi punto de vista, resulta irreprochable en el plano dogmático. Tal vez la conexión entre ambas cuestiones no se aprecie con claridad, pero resulta inevitable. Y quisiera destacar nuevamente que la transformación provocada por esta circunstancia en la concepción general de la responsabilidad administrativa obedece a una evolución de la doctrina juríprudencial, que encuentra justificación en la dificultad de diferenciar la relación jurídica de fondo en la que se genera un daño como consecuencia de la prestación material de actividades o servicios por parte de la Administración.

El tema parece desconectado de las cuestiones que nos interesa tratar aquí. Sin embargo, afecta frontalmente a nuestro trabajo, por cuanto para analizar el reparto de jurisdicción articulado en una materia resulta imprescindible conocer con anterioridad cuál es su alcance objetivo. Esto desvía nuestra atención hacia la determinación de la extensión del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa y las diferencias que la distinguen de la responsabilidad civil, así como el análisis de la posibilidad de articular un reparto de jurisdicción con base en ese criterio, cuestiones que pasamos a estudiar seguidamente.

3. EL REGIMEN SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRAContractUAL COMO CRITERIO MATERIAL DE REPARTO DE JURISDICCION

Es posible articular un sistema de reparto jurisdiccional basado en la diferencia de regímenes jurídicos que separa la responsabilidad administrativa de la civil. Para profundizar en esta cuestión es preciso abordar previamente el estudio de la peculiaridad que reviste el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa frente a la civil o común, analizando con posterioridad la conveniencia de atribuir al orden contencioso-administrativo la competencia general en la materia.

3.1. Alcance del régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa: responsabilidad de la Administración y responsabilidad por el ejercicio de potestades administrativas.

La determinación del alcance del régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa nos reconduce nuevamente a la interpretación de la expresión «servicios públicos» que aparece en las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en el Derecho público. Pero ahora la discusión adquiere una dimensión más extensa, que pretende determinar si esta expresión puede ser ambivalente, y resultar comprensiva, a un propio tiempo, del conjunto de la responsabilidad de la Administración y de las funciones públicas desempeñadas por los particulares.

En mi opinión, la respuesta es positiva. En el primer aspecto, esto es, el hecho de que el conjunto de la actividad administrativa resulta abarcado por la expresión, tanto si se trata de relaciones de Derecho público como de Derecho privado, la interpretación se encuentra avalada por los argumentos recogidos en el §1.3 de este Capítulo.

En cuanto a la apreciación de que la actividad desempeñada por los particulares se encuentra incluida en el régimen administrativo de responsabilidad extracontractual, esta afirmación se ve respaldada por ciertas normas jurídico-positivas, que extienden el régimen de la responsabilidad administrativa a los particulares. Así, los artículos 121.2 y concordantes de la LEF regulan la responsabilidad extracontractual de los concesionarios de servicios públicos; el artículo 98 LCAP, con una perspectiva más general, la de los contratistas de la Administración; y por último, el artículo 41 LRJAE (hoy derogado) extendía el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa a los agentes de la Administración, referencia que, aun habiendo desaparecido de los nuevos textos legales, debe entenderse subsistente, por cuanto el agente de la Administración no es sino la Administración misma, que actúa por mediación de un tercero interpuesto⁵¹. De otra parte, la jurisprudencia ha considerado aplicable este mismo régimen a las corporaciones de Derecho público, en la medida que ejercen funciones públicas, interpretación que se ha mantenido por el Tribunal Supremo tras la aprobación de la Ley 30/1992, como hemos de ver oportunamente.

51. Así, la STS 5 junio 1989 (RJ 1989, 4338), afirma: «por ese carácter directo y objetivo de la responsabilidad y porque su fundamento no es otro que el de que el Estado afronte los riesgos del ejercicio de sus potestades y de su actuación, nada importa que quien personalmente las ejercita o actúa sea un funcionario público, simple empleado –eventual, contratado o de plantilla– o, incluso, un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione».

3.2. El régimen general de la responsabilidad administrativa extracontractual y su especificidad frente a la civil.

A) El régimen general de la responsabilidad extracontractual civil.

Por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, el régimen civil de responsabilidad extracontractual ha experimentado en los últimos años un desarrollo espectacular, haciendo derivar claramente el sistema originario de responsabilidad culposa (al menos a título de negligencia), hacia la objetivación de la culpa. La evolución se ha manifestado como consecuencia de diversos expedientes acumulados, entre los que cabe destacar el principio de equidad o *pro damnato*, el principio *neminen lædere*, la regla *cuius comoda eius incommoda*, la inversión de la carga de la prueba (que ha llevado a afirmar que en materia de responsabilidad extracontractual no rige el principio constitucional de presunción de inocencia⁵²) y, sobre todo, el principio de responsabilidad por riesgo, verdadera clave de bóveda del sistema contemporáneo de responsabilidad civil⁵³. Y todo ello ha

-
52. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad extracontractual», en *EJB*, vol. 4, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 5492 y ss.
53. *Vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987, *in toto*; DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, pgs. 52 y ss. y 126 y ss.; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*., *op. cit.*, pgs. 12 y ss. (vol. 1), y 551 y ss. (vol. 2); CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, vol. 4, Reus, Madrid, 1993, pgs. 932 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1995, pgs. 591 y ss.; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, tomo II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1994, pgs. 456 y ss.; ROCA I TRÍAS, E.: «Derecho de daños», en *Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pgs. 471 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, A. y otros: *Instituciones de Derecho civil*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1991, pgs. 499 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. 3, EDERSA, Madrid, 1983, pgs. 496 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad extracontractual», *op. loc. ult. cit.*; MORENO CARRILLO, J.: «Situación actual...», *op. cit.*, pgs. 7739 y ss.; PASCUAL ESTEVILL, L.: *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1989, pgs. 43 y ss.; AA VV: *Introducción al Derecho patrimonial privado*, Científico-Técnica Ediciones, Sevilla, 1995, pgs. 319 y ss.; *Cuadernos de teoría y práctica de Derecho civil. Derecho civil II*, La Ley, Madrid, 1991, pgs. 175 y ss.; REGLEIRO CAMPOS, F.: «Responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual. Elementos de diferenciación: la culpa», *Poder Judicial*, núm. 12, 1988, pgs. 27 y ss. y LASARTE ALVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1995, pgs. 377 y ss. Asimismo, resultará ilustrativa del estado actual de la cuestión la consulta de textos comentados del Código Civil, como el de FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: *Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pgs. 2141 y ss.; el de PANTALEÓN PRIETO, F.: *Comentario del Código Civil*, vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pgs. 1971 y ss.; o el de ALBÁRCAR, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, vol. 6, Trivium, Madrid, 1991, pgs. 839 y ss. En cualquier caso, la bibliografía existente en la materia es abrumadora; como complemento de la aproximación que aquí se hace pueden consultarse las referencias de los autores citados, entre las que cabe resaltar, por su amplitud, las que se recogen en las obras citadas de CASTÁN, ALBALADEJO y DE ANGEL.

conformado unos nuevos parámetros generales de imputación de responsabilidad, que se extraen directamente del artículo 1902 CC⁵⁴, configurando un régimen común de «responsabilidad objetivada» que se aplica al conjunto de supuestos⁵⁵, y es excepcionado puntualmente tanto en más (definiendo ámbitos concretos de responsabilidad objetiva) como en menos (mediante la subsistencia de supuestos materiales en los que continúa exigiéndose una actitud culposa por parte del agente), excepciones, sobre todo las primeras, que operan en unos casos por obra de la ley⁵⁶, y por otros de la jurisprudencia⁵⁷.

La jurisprudencia ha actuado como catalizador principal de este nuevo panorama⁵⁸, que no se corresponde con el tenor literal del Código Civil⁵⁹. Es común

Por otra parte, la monografía de VINEY, G.: *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Paris, 1995, perteneciente al *Traité de Droit civil* dirigido por Jacques GHESTIN, es una obra muy celebrada por la doctrina española. A los efectos que comentamos interesan especialmente sus pgs. 80 a 110, en las que expone la evolución general del régimen civil de responsabilidad extracontractual con base en la teoría del riesgo. De menor entidad es la obra de JOURDAIN, P.: *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1996; *vid. sus pgs. 27 y ss.*

54. Sobre la fundamentación del nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual en el art. 1902 CC, *vid. especialmente* CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación...*, *op. cit.*, pgs. 42 y ss.
55. Como afirman DE COSSÍO Y CORRAL, A. y otros: «La teoría de la culpa ha venido a reducirse en un caso especial dentro de la teoría general de la responsabilidad, que tiende progresivamente a extenderse a supuestos no culposos»; cfr. *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 511.
56. Estos supuestos serán analizados más abajo, en el epígrafe 3.3 de este Capítulo.
57. Existe una resistencia notable a tolerar que por obra de la jurisprudencia se amplíen los supuestos de responsabilidad objetiva, cuya implantación prefiere reservarse a la ley. No obstante, algunos autores han resaltado cómo se han ampliado los supuestos legales de responsabilidad objetiva con base simplemente en instrumentos procesales, y especialmente, la analogía; *vid. CAVANILLAS MÚGICA, S.: La transformación...*, *op. cit.*, pgs. 141 y ss. Por su parte, PASCUAL ESTEVILL, L.: *Hacia un concepto...*, *op. cit.*, pg. 82, entiende que los supuestos de responsabilidad por riesgo reconocidos en el sistema contemporáneo de responsabilidad civil son representativos de criterios de responsabilidad objetiva, no culposa.
58. Como atestigua incluso el título del libro de CAVANILLAS anteriormente citado: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. El casuismo jurisprudencial es resumido con las siguientes palabras: «la propia jurisprudencia ha reconocido que no pueden darse reglas exactas sobre lo que deba entenderse por culpa, sino que hay que ponderar en cada caso las circunstancias que en él concurren, para determinar si existió o no culpa»; cfr. ROCA I TRIAS, E.: «Derecho de daños», *op. cit.*, pg. 490.
59. Así, SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad...*, vol. 1, *op. cit.*, pgs. 10 y ss.: «El requisito de la culpa no sólo ha sido modificado, sino en ciertos supuestos incluso eliminado de la responsabilidad civil (...). Ello no quiere decir que en los casos en que se demuestre la conducta culposa no exista responsabilidad. Únicamente se indica que la responsabilidad civil no exige ya en todo caso una actuación previa culposa, sino que a veces ha sido sustituida por la denominada responsabilidad por riesgo, y para ciertos sectores, por ejemplo, en el Derecho de la energía

justificar esta evolución como una consecuencia inevitable de la generalización de riesgos que comporta la vida moderna, en la que proliferan actividades eventualmente lesivas para terceros⁶⁰. Ello explica que la potenciación de la responsabilidad por riesgo sea el principal argumento jurisprudencial para la objetivación de la culpa. Este criterio se construye sobre la base de que *quien se beneficia de la actividad lesiva ha de sufragar los daños que de ella se deriven sobre terceros*⁶¹.

En la práctica, ello ha supuesto la postergación de la culpa *subjetiva* (actitud del agente lesivo) a un segundo plano, para sustituirla por una culpa *objetiva*,

atómica o en el de la navegación aérea, ha sido en algunos casos sustituida por la responsabilidad objetiva». *Vid.*, asimismo DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, *op. cit.*, pg. 593, quienes recuerdan que el sistema vigente de responsabilidad extracontractual no se corresponde con el régimen culpabilístico que formalmente postula el Código Civil: «Los nuevos hechos y las nuevas exigencias que hemos expuesto no hallaban satisfacción en el sistema codificado. De ahí que, subsistiendo formalmente inalterado, se lleve a cabo por la jurisprudencia una interpretación de las normas que en el fondo supone un nuevo sistema».

Por su parte, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, *op. cit.*, pgs. 460 y 464, sostiene enfáticamente la pervivencia del criterio culpabilístico en el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual.

60. «Así planteadas las cosas, es evidente que la teoría general de la responsabilidad se convierte en un caso especial dentro de la teoría general de los riesgos»; cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 500.
61. Según los primeros precursores de la teoría del riesgo: «Debe pagar quien ha tomado la iniciativa del hecho y quien es su autor; en cuanto al otro, que lo ha soportado pasivamente, y nada tiene que ver en la causa, dejando a un lado toda cuestión de culpa, le corresponde la reparación»; cfr. SALEILLES, V. R.: *La réforme sociale*, 1898, pgs. 646-647; citado por VINEY, G.: *Introduction...*, *op. cit.*, pg. 83 (la traducción es nuestra).
Vid., asimismo, PASCUAL ESTEVIU, L.: *Hacia un concepto...*, *op. cit.*, pgs. 74 y ss., quien resalta especialmente que la generalización de la objetivación opera en virtud del principio de responsabilidad por riesgo, y que el mismo se apoya en la cláusula *cuius commoda eius dumne*.
Vid., asimismo, DE COSSÍO Y CORRAL, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 510 y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, *op. cit.*, pg. 610.
De otro lado, ALBÁRCAR, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil...*, *op. cit.*, pgs. 855 y ss., efectúan un detenido análisis del principio de responsabilidad por riesgo. Para los autores, «Responsabilidad por riesgo es, según ESSER, responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligros representada por una empresa o explotación permitida en *interés propio* las consecuencias derivadas de la inminencia de la producción o causación de los daños derivados de una empresa o explotación» (la cursiva es nuestra). Contrariamente a lo que nosotros mismos sostenemos más adelante, los autores consideran que «La responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones o daños que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (...), constituye un ejemplo claro en nuestro ordenamiento jurídico» del principio de responsabilidad por riesgo.

Las sentencias del Tribunal Supremo en que se conecta la responsabilidad por riesgo con el principio *cuius commoda eius incommoda* son muy numerosas, y resultan elocuentes de que

que toma en consideración preferentemente los elementos circunstanciales que rodean al daño⁶². Existen cuerpos homogéneos de doctrina en relación con materias concretas, que establecen, de hecho, una estratificación del nivel de objetivación, desconocida por los textos legales, pero claramente institucionalizada en el ámbito judicial⁶³. De tal manera que, siendo la regla general la objetivación por riesgo como ya se ha dicho, existen excepciones por exceso y por defecto, esto es, supuestos en los que rige una exigencia más rigurosa de la culpa (en particular, la prestación de servicios profesionales⁶⁴), y otros en los que el régimen de aplicación es de responsabilidad casi objetiva. El protagonismo judicial en orden a establecer en cada caso el nivel de imputación es manifiesto⁶⁵, como atestigua, por otra parte,

la imputación por riesgo se fundamenta precisamente en que debe sufragar el daño quien se beneficia de la actividad dañosa; así, la STS 18 abril 1990 (RJ 1990, 2726), afirma: «La jurisprudencia, en efecto, es uniforme al proclamar la doctrina según la cual quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe pechar con los siniestros que aquél provoque, pero hace falta que se trate de una actividad realmente creadora de riesgo y que de ella se favorezca la titular». *Vid.*, en el mismo sentido y entre otras muchas, las SSTS 8 mayo 1990 (RJ 1990, 3690); 28 mayo 1990 (RJ 1990, 4089); 17 junio 1989 (RJ 1989, 4696); 5 julio 1989 (RJ 1989, 5297); 16 febrero 1988 (RJ 1988, 1994); 5 mayo 1988 (RJ 1988, 3879); 20 marzo 1988 (RJ 1988, 1712) y 10 marzo 1988 (RJ 1988, 1814).

62. La expresión «culpa objetiva», que da buena cuenta del estado de la cuestión, ha sido acuñada por DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, *op. cit.*, pg. 609. Para un estudio detenido de la materia *vid.* DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 126 y ss. y SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad...*, vol. 1, *op. cit.*, pgs. 41 y ss. También puede consultarse CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación...*, *op. cit.*, pgs. 59 y ss.
63. Según PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad extracontractual», *op. cit.*, pg. 5943: «no se trata de una graduación de la responsabilidad según la mayor o menor gravedad de la conducta del responsable, sino de la lesión que dicha conducta causa al perjudicado».
64. *Vid.* DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 203 y ss., donde se efectúa un análisis detenido del tema, afirmando que esta misma excepción al principio general de objetivación se manifiesta igualmente en el caso de los administradores de las sociedades mercantiles. La preservación del criterio culposo en relación con las actividades profesionales en el ámbito civil será contrastada más adelante con el régimen jurídico-administrativo relativo a estas mismas actividades.
65. «La valoración de una determinada conducta, para determinar si la misma se ajusta o no a la diligencia exigible en aquel caso concreto, es algo que la ley deja en cada caso al prudencial arbitrio del juzgador de instancia. Se han abandonado de este modo las tradicionales clasificaciones de la culpa en grave, leve y levíssima, de la culpa *in abstracto* (...) y de la culpa *in concreto* (...), y como hemos dicho, es el Juez el que debe apreciar el grado de diligencia exigible en cada caso concreto para poder también en cada caso derivar la correspondiente responsabilidad»; cfr. DE COSSIO Y CORRAL, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 502. En el mismo sentido, se ha afirmado: «La jurisprudencia (...) viene haciendo una cada vez más rigurosa aplicación del artículo 1104 del Código Civil al dominio de la responsabilidad extracontractual, exigiendo al agente, no una diligencia simple, sino la

la diversa consideración que merece en la doctrina el actual panorama de la responsabilidad civil extracontractual⁶⁶.

De todo lo expuesto nos interesa retener dos elementos: el fundamento jurídico de la objetivación (cifrado en el principio de responsabilidad por riesgo, que se concibe como una obligación de indemnizar a terceros por el daño derivado de actividades peligrosas *que benefician al agente*), y el casuismo jurisprudencial (que desborda los textos positivos, evoluciona constantemente, y determina en cada momento la pauta de imputación de responsabilidad frente a cada actividad dañosa). Ambas circunstancias serán tomadas en consideración un poco más adelante.

B) Singularidad de la responsabilidad administrativa en cuanto a su criterio de imputación.

Seguidamente analizaremos las diferencias que separan la responsabilidad administrativa y la civil, tanto en relación con su naturaleza jurídica, como con su régimen jurídico de imputación, entendido este término como el parámetro conforme al cual se determina cuándo la generación de un daño es susceptible de indemnizarse, y cuándo quien lo soporta debe hacerlo sin verse correspondido con indemnización alguna.

El común de la doctrina científica, tanto civil⁶⁷ como administrativa⁶⁸, en-

que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar»; cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. y otros: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 964.

66. Así quedó expuesto un poco más atrás, al indicar la diversa valoración que los autores efectúan del sistema, haciendo prevalecer en unos casos más que en otros el enfoque culpabilístico, aunque la discusión se reduzca a planteamientos dogmáticos, referidos principalmente al tenor expreso del art. 1902 CC, cuya literalidad condiciona claramente a los intérpretes jurídicos, sin que se ponga en duda el efecto práctico resultante (objetivación), sino su calificación jurídica (referida al principio de culpa, en sentido completamente lato). En relación con el condicionamiento que el régimen jurídico vigente supone para la magistratura, se ha dicho: «Al llegar a este punto en que ya se toca el techo de la transformación de la responsabilidad, el Tribunal Supremo se arredra, bien ante las posibles consecuencias de declaraciones objetivistas demasiado explícitas, bien ante la distancia que ya le separa del dictado de la ley. Y se produce una escisión entre lo conseguido y lo expresado, la decisión casacional y la doctrina jurisprudencial sentada. Los resultados prácticos van más allá y «dicen» más que la doctrina jurisprudencial que los justifica, tanto en lo que se refiere al alcance de la transformación como a su ámbito»; cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación...*, *op. cit.*, pg. 84. La afirmación se vierte como comentario a la inversión de la carga de la prueba, pero resulta traspalable al conjunto del régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual.
67. *Vid.* DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 165; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 986; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 480; ROCA I TRIÁS, E.: «Derecho de daños», *op. cit.*, pg. 505; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 5947; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual...*, *op. cit.*, pg. 539 y LASARTE ALVAREZ, C.: *Curso...*, *op. cit.*, pg. 384.
68. *Vid.*, entre todos ellos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Potestad expropiatoria y garantía patrimo-

tiende que la responsabilidad administrativa es de carácter objetivo. La jurisprudencia también acepta unánimemente que la responsabilidad a que se refiere el artículo 106.2 CE, y que desarrollan los artículos 139 y ss. LRJ-PAC, es de carácter objetivo⁶⁹. Para el surgimiento del deber de indemnizar sólo se exige la

nial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», *ADC*, 1955, pg. 1125; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, núm. 237-238, 1994, pgs. 12 y 44 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 138 y ss.; LEGUINA VILLA, J.: «El fundamento...», *op. cit.*, pgs. 525 y 535; y «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pgs. 13 y ss. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho administrativo español*, vol. 1, EUNSA, Pamplona, 1987, pg. 141.

69. «Según lo prevenido en los artículos 106.2 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (aplicable a las entidades locales de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), para que los particulares tengan derecho a ser indemnizados por la Administración la jurisprudencia ha venido requiriendo que el daño o perjuicio originados al reclamante en sus bienes o derechos sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...), configurando la responsabilidad patrimonial de la Administración como un sistema de responsabilidad objetiva, independiente del dolo o culpa» (STS 28 febrero 1995 [RJ 1995, 1489]).

«Lo hasta aquí señalado resulta conforme con la línea marcada por la Sentencia de este Tribunal de fecha 20 febrero 1989 que, afirmando que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un acto culposo o negligente del agente, expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia", rechazo que reiteramos por las razones expuestas en la citada sentencia en el sentido de que tal tesis, que pudiera ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (...), no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo (...).

De lo hasta aquí dicho ha de concluirse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas (...). El legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas tratando de establecer así una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, *sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de la responsabilidad en uno u otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido*» (STS 5 febrero 1996 [RJ 1996, 987]) (la cursiva es nuestra).

Vid. asimismo, entre otras muchas, las SSTS 4 mayo 1995 (RJ 1995, 4210); 28 febrero 1995 (RJ 1995, 1281); 27 septiembre 1994 (RJ 1994, 7361); 2 julio 1994 (RJ 1994, 6673); 2 junio 1994 (RJ 1994, 4778); 4 junio 1994 (RJ 1994, 4783); 14 mayo 1994 (RJ 1994, 4190); 4 diciembre 1993 (RJ 1993, 10051); 27 noviembre 1993 (RJ 1993, 8201); 18 octubre 1993

existencia de un daño efectivo y antijurídico que no haya sido causado por fuerza mayor⁷⁰.

Sin embargo, cuando los Tribunales contencioso-administrativos conocen de las demandas por responsabilidad extracontractual de la Administración, efectúan un análisis casuístico de la mediación de estos requisitos. *Con ocasión de ese examen puede resolverse que no existe responsabilidad a pesar de que haya habido un daño efectivo e individualizable* lo que pone de manifiesto que, en la práctica, la responsabilidad administrativa no es objetiva en todo caso, pues en un régimen de responsabilidad objetiva la simple generación de un daño determina correlativamente el deber de repararlo.

La jurisprudencia se sirve de distintos expedientes para valorar la existencia o no de responsabilidad. Entre otros, estos parámetros son: a) la ausencia de vínculo causal en sentido estricto⁷¹; b) el análisis circunstancial del caso⁷²; y sobre

(RJ 1993, 7499); 10 mayo 1993 (RJ 1993, 6375); 15 junio 1992 (RJ 1992, 4642); 20 abril 1991 (RJ 1991, 3073); 5 febrero 1991 (RJ 1991, 720); 29 enero 1986 (RJ 1986, 1129) y 16 mayo 1984 (RJ 1984, 3109).

70. Son innumerables los pronunciamientos del Tribunal Supremo que relacionan los requisitos de la responsabilidad administrativa. Como ejemplo reciente, la STS 31 enero 1996 (RJ 1996, 474), afirma: «La responsabilidad patrimonial establecida en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y consagrada al más alto nivel normativo en el artículo 106.2 de la Constitución, con el que sustancialmente resulta coincidente el primero, aunque éste sea más explícito, exige para su reconocimiento y declaración, según uniforme y constante jurisprudencia que por su reiteración es ocioso citar en concreto: a) la efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, b) que la lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto y c) que el daño no se haya producido por fuerza mayor».
71. Como se observa en la STS 27 septiembre 1994 (RJ 1994, 7361): «La falta de vínculo de causalidad, que impide declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, se deduce de que las máquinas recreativas se instalaron a pesar de que la Administración no había resuelto expresamente el expediente administrativo abierto como consecuencia de la solicitud al efecto presentada por el demandante, lo que evidencia que era conocido por la empresa titular de las mencionadas máquinas que éstas podían ser instaladas provisionalmente (...) de manera que si las máquinas estuvieron sin funcionar durante el indicado plazo no fue como consecuencia de que la Administración no hubiese resuelto expresamente la solicitud».
72. Así, la STS 25 mayo 1995 (RJ 1995, 4031) analiza una reclamación de responsabilidad basada en la reducción de la ocupación hotelera de un establecimiento ubicado junto al lugar elegido para celebrar una verbena municipal. El recurrente cifró la causa del descenso de la ocupación en el ruido provocado por la verbena. El Tribunal Supremo entiende que no existe relación de causalidad, y exime de la reparación del daño, con base en estas consideraciones: «no puede olvidarse que también, la proximidad al lugar donde radican las actividades

todo, *c)* el estándar de funcionamiento de los servicios públicos⁷³; y *d)* la doctrina del riesgo, o de la potencialidad dañosa de la actividad administrativa⁷⁴. Estos

des lúdicas puede situarle [al recurrente] en situación ventajosa en orden a la utilización de otros servicios (bar, restaurante, etc.) que en él se prestan, ello sin obviar, tampoco, cómo dicha proximidad puede ser un factor atractivo de usuarios de los servicios hoteleros propiamente dichos, en época claramente festiva y de general conocimiento».

73. STS 31 enero 1996 (RJ 1996, 474): «Se obtiene la conclusión de que se produjo una cierta pasividad o por mejor decir conducta omisiva de las Fuerzas de Seguridad –a buen seguro determinada por la subjetiva impresión de que se trataría de una simple alarma, como tantas otras veces, pues nunca se había atentado con anterioridad, en actuación indiscriminada contra establecimientos mercantiles–, en cuanto la Policía no consideró conveniente o factible la evacuación del edificio ni se impidió la entrada de vehículos al aparcamiento, ni en fin acudió el Servicio de detección de explosivos, a pesar de que según los Bomberos era suficiente para el desalojo del recinto diez minutos, lo cual puede interpretarse, al modo que lo hace la Sala de instancia, que no se adoptaron las debidas precauciones». STS 14 junio 1989 (RJ 1989, 4384): «Si la actuación del servicio policial en el caso que enjuiciamos no ha excedido de los medios normales para hacer frente a la manifestación no autorizada, nada habrá que imputar a la Administración de los daños ocasionados a los participantes como consecuencia de la utilización de dichos medios». STS 29 abril 1986 (RJ 1986, 2977): «La única medida para evitar cualquier intento de fuga fue la extrema de tener el arma aprestada para disparar, siendo así que podían haberse tomado otras, para el caso absolutamente eficaces, y que no habrían creado la situación de riesgo cierto de la que derivan los hechos con resultado de muerte que se acaban de narrar. Y el hecho de que se afirme que el furgón empleado, a causa de su tamaño, no puede entrar en la prisión (...) no es sino otra muestra de imprevisión de la Administración». STS 25 octubre 1989 (RJ 1989, 7243): «La Sala entiende que, en efecto, éste [accidente de tráfico] se produjo como consecuencia de la gravedad que en aquel punto de la carretera habían echado los servicios del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (...), de forma que, según ella [la prueba pericial efectuada] el frenazo más ligero podía ocasionar el deslizamiento del vehículo. Si a todo ello se añade que las obras, en el momento del accidente, se hallaban sin señalizar debida y específicamente (...).».
74. Así, la STS (Sala 3.^a) de 16 febrero 1996 (RJ 1996, 1199), que resuelve un recurso interpuesto en reclamación por daños derivados de prestación deficiente de asistencia sanitaria en un hospital público. En el Fundamento Jurídico II de la sentencia puede leerse: «No tiene aplicación alguna en este caso el art. 1902 del Código Civil que sanciona la responsabilidad subjetiva (...). En la fórmula legal de los artículos invocados [106 de la Constitución, y 40 LRJAE], que definen la responsabilidad objetiva de la Administración, están incluidos no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita como indica claramente la referencia explícita que la Ley hace a los casos de funcionamiento normal, lo cual supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o al menos con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y en definitiva los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios».
- Del mismo modo, la STS 5 junio 1989 (RJ 1989, 4338), afirma: «por ese carácter directo y

criterios se ofrecen sin ánimo sistemático ni exhaustivo, pues en ocasiones, un mismo razonamiento del Tribunal puede encuadrarse en varios de ellos a la vez, o no aparecer en ninguno⁷⁵. La única manera de establecer cuándo existe responsabilidad administrativa es mediante el análisis del caso concreto, lo que tolera un alto grado de casuismo jurisprudencial⁷⁶.

objetivo de la responsabilidad y porque su fundamento no es otro que el de que el Estado afronte los riesgos del ejercicio de sus potestades y de su actuación, nada importa que quien personalmente las ejercita o actúa sea un funcionario público, simple empleado –eventual, contratado o de plantilla– o, incluso, un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione».

Por último, la STS 1 abril 1995 (RJ 1995, 3226), imputa responsabilidad de la Administración por los riesgos derivados de la celebración de unos fuegos de artificio por parte de una Hermandad que contaba con la oportuna licencia.

75. Como sucede con el requisito de la antijuridicidad, de necesaria mediación en orden a generar responsabilidad administrativa. Un ejemplo de que tal requisito puede operar como causa de exclusión de responsabilidad administrativa, a pesar de que se haya producido un daño efectivo a consecuencia de una actuación administrativa, viene representado por la ordenación de precios, como señala SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Ordenación de precios y responsabilidad administrativa», *REDA*, núm. 2, 1974, pgs. 227 y ss. Este hecho pone de relieve, asimismo, los particulares criterios de imputación de responsabilidad que se manifiestan en el Derecho administrativo, pues el estudio de la antijuridicidad se apoya aquí en la ponderación de los poderes de policía atribuidos a la Administración, y en las correlativas obligaciones de soportar que de ello se derivan sobre los administrados.
76. Una de las manifestaciones más evidentes de este casuismo es la continua extensión de los supuestos de responsabilidad administrativa extracontractual a nuevos campos, que inicialmente la jurisprudencia no consideraba requeridos de indemnización. El soporte doctrinal y jurisprudencial a esta afirmación viene representado por los artículos monográficos que analizan las diferentes materias en las que se ha producido esta evolución; así, los consagrados al estudio de la responsabilidad derivada de la actuación de agentes de la autoridad, anteriormente citados; los que analizan la responsabilidad extracontractual por la deficiente conservación de las vías públicas, como el debido a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Responsabilidad patrimonial de la Diputación por accidente causado por el mal estado de una carretera provincial», *REDA*, núm. 1, 1974, pgs. 124 y ss.; o el efectuado por SAINZ MORENO, F.: «Fijación y revalorización de indemnizaciones en la responsabilidad patrimonial del Estado», *REDA*, núm. 16, 1978, pgs. 69 y ss.; asimismo, se enmarcan en este contexto las aportaciones citadas en el Capítulo IV en relación con la responsabilidad del Estado legislador y, sobre todo, por funcionamiento de la Administración de Justicia; o, por último, en relación con la responsabilidad por actuaciones de la Hacienda pública, el trabajo de SÁNCHEZ GARCÍA, N.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración financiera», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. 2, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, Madrid, 1988, pgs. 1679 y ss.
En el contexto de uno de estos trabajos, se ha afirmado con relación a los criterios manejados por el Tribunal Supremo en orden a la imputación de responsabilidad, con ocasión del análisis de la relación de causalidad: «El Tribunal Supremo no ha pretendido hasta ahora dar una respuesta global, puesto que se atiene a la solución justa de cada caso concreto que

Estas circunstancias nos transmiten una primera peculiaridad de la responsabilidad administrativa extracontractual. Un régimen de responsabilidad objetiva *pura* comporta automáticamente la imputación de responsabilidad patrimonial, una vez percibida la generación del daño. En cambio, la responsabilidad administrativa no depara necesariamente esa misma consecuencia⁷⁷. El estudio de la imputación y de la relación de causalidad basculan hacia un análisis *ad hoc*, construido básicamente sobre el estándar de funcionamiento del servicio público⁷⁸ (que la doctrina francesa pondera conforme al criterio de la «culpa

se le plantea, cuyas circunstancias específicas quizá no permitan un tratamiento idéntico»; cfr. NIETO GARCÍA, A.: «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *REDA*, núm. 4, 1975, pg. 95. Más tarde, sin embargo, el autor considera que, gracias al poso de doctrina que ha ido forjando en la materia, se puede afirmar que existen criterios uniformes en la materia en la doctrina del Tribunal Supremo; *vid.* «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial», *REDA*, núm. 51, 1986, pgs. 428 y ss.

77. Como sostiene LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial...» (1980), *op. cit.*, pg. 33: «Los jueces siguen en buena medida apegados al clásico criterio de la culpa, lo que les lleva a mostrar una instintiva repugnancia hacia la reparación de daños producidos por un funcionamiento estrictamente normal de los servicios públicos». Esta tendencia jurisprudencial también fue percibida por MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 47 y ss.
78. Expresión acuñada entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pg. 211. El concepto es manejado actualmente por MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial...» (1994), *op. cit.*, pg. 31, donde puede leerse: «Si el juez pone idealmente el elemento comparativo suponiendo un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de los servicios, los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo –e irreal– implicaría un “funcionamiento anormal” cuyos daños serían siempre indemnizables. Mientras que si la comparación se hace a partir del presupuesto de un funcionamiento medio de los servicios muy bajo sucedería lo contrario»; en estas mismas consideraciones abunda el autor en su obra «La responsabilidad patrimonial...» (1996), *op. cit.*, pg. 827.

En el mismo sentido se refiere LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pg. 32, a la «culpabilidad objetiva del servicio», que se daría, entre otras circunstancias, cuando el servicio ha funcionado «defectuosamente, por debajo de los niveles medios de prestación exigibles». Con anterioridad el autor se había expresado en el mismo tema, con mayor contundencia, demostrando la resistencia de los Tribunales a desprenderse del régimen civil culpabilístico; *vid.* su trabajo «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración», *RAP*, núm. 60, 1969, pgs. 139 y ss. Y recientemente ha vuelto a servirse una vez más del criterio del estándar del servicio, como técnica de imputación de responsabilidad; *vid.* «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 397. Asimismo, pondera el estándar de rendimiento de los servicios públicos como criterio de imputación de responsabilidad GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 959. El propio autor pone de relieve, un poco más adelante (pgs. 969 y ss.) que algunos servicios públicos (como el de Correos) tienen previsto en sus normas reguladoras un régimen de limitación o exoneración de responsabilidad. En mi opinión, este hecho revela, igualmente, que la responsabilidad administrativa no es objetiva en todo caso, sino más bien, que constituye un régimen sustantivo distinto del civil y paralelo a él.

de servicio», cuyo simple calificativo resulta bastante elocuente⁷⁹); y sobre la potencialidad del riesgo generado⁸⁰, o dicho con palabras de la Ley, sobre el

Vid. también BARCELONA LLOP, J.: «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», *DA*, núm. 237-238, 1994, pgs. 349 y ss., quien emplea la expresión en orden a calibrar el funcionamiento normal o anormal del servicio de policía de seguridad. En relación con este tema, otros autores han comentado la existencia de una línea jurisprudencial definida en el Tribunal Supremo por aplicar el principio de proporcionalidad al uso de armas de fuego por los agentes del orden; *vid.*, en este sentido, SEQUEIRA DE FUENTES, F.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública con ocasión del uso de armas por los agentes públicos», *RAP*, núm. 99, 1982, pgs. 263 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del uso de las armas por los agentes públicos: la fijación del nexo causal cuando en la producción del daño concurre la acción de la víctima», *REDA*, núm. 34, 1982, pgs. 497 y ss. y BARCELONA LLOP, J.: «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», *DA*, núm. 237-238, 1994, pgs. 351 y ss. Estos planteamientos también sirven para abundar en la argumentación que nos ocupa: el hecho de que la actividad administrativa se calibra a efectos de responsabilidad conforme a parámetros propios y distintos del Derecho civil, como es el caso, ahora, del principio de proporcionalidad de la actuación administrativa.

79. En este sentido, y para revalidar la opinión que defenderemos más adelante, resaltando que la responsabilidad administrativa extracontractual disfruta de una naturaleza jurídica distinta de la civil, puede recordarse el comentario que al efecto realiza ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad de la Administración pública», *RAP*, núm. 19, 1956, pg. 18, para quien la noción de falta o culpa del servicio público «no es una adaptación de las ideas civilistas, sino una concepción original propia del Derecho público».
80. Estos mismos planteamientos parecen haber sido asumidos por el Consejo de Estado, como se desprende de este texto, extraído de su Dictamen de 1 octubre 1987 (Expte. núm. 50.249): «Quiérase o no, la doctrina de la responsabilidad “objetiva” no es sino una ampliación de la clásica responsabilidad “aquiliana”, subjetiva o por culpa, que se basa en la asunción (legal o contractual) de un determinado riesgo. Le son, por tanto, aplicables todos los postulados elaborados por la doctrina en torno a la *Lex Aquilia*, con los límites naturales que impongan los caracteres específicos del riesgo asumido y los términos en que haya tenido lugar su asunción»; la cita ha sido tomada de MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pg. 137. También hace referencia a la doctrina del riesgo derivado de la actividad administrativa en ciertos casos ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 33 y ss. De hecho, la doctrina clasifica los supuestos de imputación de responsabilidad administrativa en función de *a) el funcionamiento del servicio público; b) el riesgo generado por la Administración; y c) el enriquecimiento injusto*. *Vid.* BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid, 1989, pgs. 699 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 280 y ss. En relación con la exclusión del enriquecimiento injusto, seguimos en este punto a REBOILLO PUIG, M.: *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pgs. 245 y ss., quien considera que esta categoría no se encuentra incluida en el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual.

funcionamiento *anormal* del servicio público⁸¹, criterio que algunos autores han considerado aplicado por la jurisprudencia conforme a un «margen de tolerancia», que se corresponde exactamente con la pauta del estándar de funcionamiento del servicio público que hemos apuntado⁸².

De otro lado, debe notarse que el sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual incluye un régimen de imputación culposa: el que

-
81. En efecto, la doctrina académica detecta en la expresión «funcionamiento normal o anormal» una deliberada distinción legal del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual. El ámbito del «funcionamiento anormal», es descrito conforme a una conocida trilogía («el servicio ha funcionado mal, ha funcionado tarde o no ha funcionado»), acuñada por GARCÍA DE ENTERÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pg. 209. *Vid.* esa misma tripartición, entre otros, en ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 18 y ss.; BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pg. 425; BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 699 y PERA VERDAGUER, F.: *Expropación...*, *op. cit.*, pg. 668.
 82. Así, BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, pg. 248, afirma en las conclusiones de su trabajo: «las ilegalidades que no denotan un funcionamiento anormal de los servicios públicos, pueden dar lugar a responsabilidad y puede que no. Lo primero si el acto que las contiene causa un sacrificio especial (criterio de responsabilidad cuando el servicio ha funcionado normalmente). En cambio, si esto no es así, el daño debe ser soportado sin compensación, ya que responde al "margen de tolerabilidad" admisible, inherente al funcionamiento de los servicios públicos». Tanto a lo largo de la obra citada, como de su anterior artículo «La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: doctrina jurisprudencial», *RAP*, núm. 91, 1980, pgs. 195 y ss., el autor analiza con detalle la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, señalando que no ha extraído de la regulación sustantiva toda la potencialidad que contiene, lo que pone de relieve, una vez más, el casuismo jurisprudencial que preside la cuestión. A mayor abundamiento, en el trabajo más concreto «Licencias urbanísticas y responsabilidad extracontractual», *RAP*, núm. 132, 1993, pg. 105, el mismo autor sostiene que «cierta jurisprudencia viene exigiendo que la ilegalidad de la licencia o acto administrativo sea de cierta gravedad o entidad, no bastando la ilegalidad simple para provocar la antijuridicidad del daño». En análogo sentido se pronuncia ALONSO GARCÍA, M. C.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo», *RAP*, núm. 127, 1992, pg. 220, quien, con ocasión del análisis del requisito de la antijuridicidad en el tema que rotula su trabajo, escribe: «El Tribunal Supremo ha venido exigiendo para entender que se ha producido antijuridicidad que sea "manifiesta", que provenga de "malicia" o que se derive de un comportamiento "negligente" de la Administración, no considerando que forma parte de la misma el "error administrativo" o la "nulidad simple" del acuerdo». Del mismo modo, aprecia, en relación con la expresión «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», que la jurisprudencia contencioso-administrativa parece vincular más el deber de reparación a la «calidad de la ilegalidad» del acto administrativo causante del daño, que a su efectiva causación, aunque valora que esta doctrina resulta cada vez más minoritaria (pg. 217).

resulta aplicable al personal y dependientes de la Administración frente a ésta, como consecuencia de los daños generados a terceros de los que responda previamente la Administración, o de los infligidos a los bienes y derechos de la Administración sin repercusión alguna sobre terceros, cuestiones ambas que aparecen reguladas en el artículo 145 LRJ-PAC. Así, la Administración responde directamente del daño generado por las autoridades o el personal a su servicio, pero luego puede repetir contra el sujeto actuante el pago previamente satisfecho por la Administración. La acción de regreso, en este caso, no se regula por el régimen común, pues el Derecho administrativo ha establecido incluso los criterios con que se mide la culpa del agente⁸³, sustanciándose al respecto un procedimiento administrativo cuya resolución desemboca ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, *la imputación de responsabilidad administrativa se encuentra configurada en nuestro ordenamiento jurídico conforme a criterios jurídicos paralelos a los propios del Derecho civil, que abarcan tantas escalas o grados de objetivación como los que se detectan en éste*. Esos niveles serían los siguientes:

1.^º Una responsabilidad verdaderamente objetiva, en la que la mera causación del daño depara la imputación de responsabilidad, e impone automáticamente la obligación de resarcimiento.

2.^º Un régimen de responsabilidad objetivada, que resulta de aplicación principalmente en relación con la actividad material o prestacional de la Administración, en la que rigen los principios de responsabilidad por riesgo de la actividad administrativa, y del estándar de funcionamiento del servicio, que exigen el análisis del caso concreto en orden a determinar la eventual existencia o no de responsabilidad.

3.^º Un régimen culposo de imputación de responsabilidad, establecido en relación con la actuación del personal y dependientes de la Administración frente a ésta.

En consecuencia, parece posible afirmar que, en cuanto a su criterio de imputación, *la responsabilidad administrativa constituye un régimen jurídico distinto*

83. Según el art. 145.2 LRJ-PAC: «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, podrá exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y su relación con la producción del resultado dañoso».

del civil, y paralelo a él, que se rige por reglas y principios propios y específicos. En ese sistema especial de responsabilidad existen diversos grados de objetivación⁸⁴. Debido a la concreción de nuestro objeto de estudio, no conviene abordar una exposición detallada de los distintos supuestos que resultan englobados en cada grado de objetivación, tarea reclamada por algunos autores⁸⁵, y ensayada por otros⁸⁶. Pero interesa resaltar cuidadosamente esta constatación, pues *supone un presu-*

84. Apreciación que ya aparece en el primer y mejor trabajo que analiza la materia, el debido a GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pgs. 209 y ss. El autor rotula el epígrafe: «Comisión material ilícita: doctrina de la culpa o de la irregularidad del servicio público». Ello demuestra que, desde un comienzo, el régimen de la responsabilidad administrativa se entiende comprensivo tanto de supuestos de responsabilidad objetiva como culposa. La ulterior convencionalización de la referencia a la «responsabilidad objetiva de la Administración» ha desvaído este matiz, que, sin embargo, sigue encontrándose presente en la aplicación práctica del sistema de responsabilidad administrativa.

De manera análoga, y tras un detallado análisis jurisprudencial, LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 347, afirma: «Los Jueces siguen en buena medida apegados al clásico criterio de la ilegalidad o de la culpa, lo que les lleva a mostrar una instintiva repugnancia hacia la reparación de daños producidos por un funcionamiento estrictamente normal de los servicios públicos. De ahí que en algunos casos se rechace pura y simplemente el criterio del riesgo para aplicar en su lugar el criterio de la culpa, a pesar de que el perjuicio haya tenido su origen en un evento imprevisible, pero inherente al propio servicio (...). O, en otros casos, la apreciación de los daños fortuitos se refuerza mediante la estimación de elementos culposos en la actuación administrativa, lo que, al parecer, justificaría con mayor razón y naturalidad el deber de indemnizar».

Vid., asimismo, GÓMEZ PUENTE, M.: «Responsabilidad por inactividad de la Administración», DA, núm. 237-238, 1994, quien en este sentido sostiene que «La objetivación de la responsabilidad administrativa extiende la cobertura del sistema más allá de los límites propios de la responsabilidad civil subjetiva, por culpa, pero no hace desaparecer ni deja sin sentido esta construcción técnico-jurídica que desde sus orígenes aquilanos fundamenta el instituto de la responsabilidad por daño».

Otros comentarios semejantes han sido efectuados por REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, pg. 49, en texto y en nota 56; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 807; y sobre todo, GARRIDO FALLA, en algunas de sus obras que citamos un poco más abajo.

85. *Vid.*, recientemente, REBOLLO PUIG, M.: *El enriquecimiento...*, *op. cit.*, pgs. 246 y ss.

86. El ejemplo más destacable, por su catalogación sistemática de supuestos en función del grado de objetivación, viene representado por GARRIDO FALLA, F.: «La constitucionalización...», *op. cit.*, pgs. 2850 y ss. El autor distingue expresamente entre:

«A) Responsabilidad por actividad por actuación culpable o negligente de la Administración: a) Responsabilidad por actos administrativos ilegales; b) Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.

B) Responsabilidad objetiva sin falta: a) Responsabilidad por actuaciones materiales no ilegales que causan daños a terceros (funcionamiento normal de los servicios públicos); b) Responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo; y c) Responsabilidad por actos no fiscalizables (y no anulables) en vía contencioso-administrativa».

puesto condicionante del reparto de jurisdicción entre distintos órdenes jurisdiccionales: como fue puesto de relieve en la Introducción, no resulta posible aplicar los criterios extensivos de la competencia jurisdiccional cuando la materia en examen no se encuentre atribuida al orden jurisdiccional ante el que se interpone el recurso. Si la responsabilidad administrativa extracontractual se encuentra atribuida a un concreto orden jurisdiccional, no podrán los restantes conocer de esta materia.

C) *Singularidad de la responsabilidad administrativa en cuanto a su naturaleza jurídica.*

Un segundo argumento refuerza la impresión de que la responsabilidad administrativa constituye una materia distinta de la responsabilidad civil. Se trata de la naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa, que resulta distinta de la que sustenta el régimen civil de responsabilidad extracontractual. Así, en el ámbito jurídico-administrativo se han manejado diversos títulos fundamentadores de la responsabilidad administrativa, y expresivos de su peculiar finalidad: la lesión como perjuicio antijurídico⁸⁷; la doctrina del riesgo⁸⁸; la socialización de los detrimientos derivados de la actividad adminis-

Sin entrar a valorar la correspondencia de esta relación con los planteamientos que sostene mos en el texto (en particular, por lo que se refiere a la responsabilidad por riesgo), el elenco respalda claramente la apreciación de que la responsabilidad administrativa es un régimen objetivado, pero no objetivo en todo caso, al exigirse en algunos supuestos (los referidos en el apartado «A»), una actuación culpable o negligente de la Administración. Por otra parte, cabe mencionar los autores que relacionan los diferentes supuestos en que procede reconocer la responsabilidad, aun sin sistematizarlos, transmitiendo implícitamente los grados de objetivación de la responsabilidad administrativa; *vid.*, entre otros, PERA VERDAGUER, F.: *Expropiación forzosa*, Bosch, Barcelona, 1992, pgs. 659 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, especialmente pgs. 219 a 323. Asimismo, puede verse el análisis jurisprudencial efectuado por BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 693 y ss.

87. Se trata, probablemente, del criterio más extendido; *vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios...*, *op. cit.*, pgs. 165 y ss. Muy precozmente, a poco de dictarse la LEF de 1954, el autor se plantea la cuestión del fundamento jurídico de la responsabilidad administrativa, habida cuenta de la generalización de su reconocimiento que opera la Ley. La conclusión a la que llega, tras analizar el principio civil de la culpa y descartar su aplicación al Derecho público, es la del carácter antijurídico de la lesión, entendida como un menoscabo patrimonial que quien lo padece no tiene el deber jurídico de soportar.
88. «Es la teoría del riesgo la que informa y justifica esta posibilidad de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración a consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos»; cfr. PERA VERDAGUER, F.: *Expropiación forzosa*, *op. cit.*, pg. 673. La jurisprudencia también ha señalado en ocasiones la doctrina del riesgo como justificación del sistema de responsabilidad administrativa; *vid.*, por ejemplo, la STS 5 junio 1989

trativa⁸⁹, o de actividades de terceros a los que, por circunstancias de diversa consideración, resulte imposible otorgar de otro modo indemnización alguna⁹⁰; y, por último, la funcionalidad de la responsabilidad administrativa como principio de orden de la Administración y parámetro de verificación

(RJ 1989, 4338); y los pronunciamientos recaídos en relación con los daños generados por la actuación de las fuerzas de seguridad, o por la prestación deficiente de asistencia sanitaria.

89. Tempranamente adoptaron esta postura TENA YBARRA, J. I.: «Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración», *RAP*, núm. 6, 1951, pgs. 177 y ss.; y ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 36, quien además, mostrándose partidario del criterio objetivo que postula la normativa reguladora de la responsabilidad administrativa extracontractual, enlaza este tema con el de su parámetro de imputación (como nosotros mismos pretendemos hacer aquí), para defender que no todas las lesiones derivadas de la actividad administrativa deben ser reputadas resarcibles, pues «obligarían, si la aplicación del principio fuese absoluta, y no se le pusiesen limitaciones, a restablecer de continuo el equilibrio roto y a abonar indemnizaciones, con grave detrimento de la Hacienda pública (...). La Administración tiene derecho a contar con que los particulares soporten ciertas molestias inherentes al funcionamiento de los servicios públicos y que debían ser consideradas como servidumbres sociales».

Sobre la socialización de los riesgos que se manifiesta con la responsabilidad administrativa extracontractual también se ha dicho: «La responsabilidad patrimonial no es, ni debe ser, un freno que dificulte o paralice las funciones de intervención administrativa (...), sino que significa más bien el reconocimiento de que las secuelas negativas de tales funciones no deben gravitar sobre patrimonios o intereses privados aislados y azarosamente afectados, sino sobre la entera comunidad a la que la Administración sirve. Si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repartirse entre todos»; cfr. LEGUINA VILLA, J.: «El fundamento...», pg. 524; *vid.*, en el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración», *REDA*, núm. 7, 1975, pg. 647; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pgs. 94 y ss. y SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad...*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 811. Nótese, por otra parte, la proximidad de estos planteamientos con la doctrina del riesgo de la actividad administrativa.

Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S.: «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria», *DA*, núm. 237-238, 1994, pg. 260, señala que este principio de socialización, en su máxima expresión jurisprudencial, ha llevado a configurar la responsabilidad administrativa como una especie de «seguro social», cobertor de cualquier evento dañoso padecido por los administrados. Este mismo hecho es destacado por PANTALEÓN PRIETO, F.: «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas», *DA*, núm. 237-238, 1994, pgs. 239 y ss., para postular una aminoración de la intensidad protectora que comporta el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa, en particular, derivando la cobertura de los riesgos hacia seguros privados, preventivamente suscritos por los particulares (*vid.*, especialmente, pgs. 252 y ss. de la obra citada).

90. En este sentido de socialización de los riesgos se ha reconocido la responsabilidad del Estado por daños derivados de actuaciones terroristas, como señala MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L.: «La obligación estatal de indemnizar los daños causados por bandas armadas», *REDA*,

del rendimiento de los servicios en el Estado social⁹¹, o como mecanismo redistributivo⁹². Son criterios no excluyentes, que pueden acumularse para

núm. 48, 1985, pgs. 572 y ss., visión que ha calado en la jurisprudencia, como destacan DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: «Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración», *REDA*, núm. 90, 1996, pg. 293 y GÓMEZ PUENTE, M.: «Responsabilidad por inactividad...», *op. cit.*, pg. 151. Sobre esta faceta o función de la responsabilidad administrativa, *vid.*, igualmente, GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 940 y ss.

91. En esta perspectiva abunda especialmente MARTÍN REBOLLO, L.: «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, Civitas, Madrid, 1991, pgs. 2791 y ss.; y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 25 y ss. En la primera de estas obras afirma: «El criterio de la solidaridad social, que estaba en la esencia de la caracterización de la responsabilidad en la obra de Leon DUGUIT, según el cual las secuelas negativas que se deriven sobre la acción de la Administración no deben gravitar azarosamente sobre el patrimonio de los administrados, de la misma manera que los efectos benéficos de la actividad pública también afectan a todos, no es el único modo de observar la problemática de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sin perder de vista este planteamiento es posible también la óptica de la gestión de los servicios, en la medida en que la teoría de la responsabilidad, en sus fundamentos constitucionales, contribuye a diseñar, por reacción, el *modo concreto* de gestión del servicio». Esta visión, conforme a la que ya manifestara previamente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Responsabilidad municipal por los daños causados por los servicios públicos», *REDA*, núm. 5, 1975, pgs. 237 y ss., también subyace en el criterio del estándar de funcionamiento de servicio público que aplican la doctrina y la jurisprudencia como mecanismo de imputación de responsabilidad administrativa, cuestión que analizamos en el epígrafe anterior.

Y en efecto, como hemos comprobado anteriormente, la responsabilidad administrativa en actividades prestacionales se mide conforme al criterio del estándar de funcionamiento del servicio público. En mi opinión, ello es una consecuencia inevitable del Estado social, que encomienda a los poderes públicos la asunción de determinados cometidos. El modo como se desenvuelven y prestan estos servicios públicos es radicalmente distinto de la manera como el sector privado desempeña esas mismas actividades. Por ello es legítimo que exista un régimen jurídico distinto en orden a determinar los parámetros de exigencia y satisfacción en la prestación de la actividad que cabe reclamar en cada uno de estos contextos, el público y el privado. Existe imperativamente un régimen público de sanidad, a pesar de que esta misma actividad sea desempeñada por el sector privado, pues se produce la circunstancia de que la prestación de asistencia sanitaria no constituye una actividad de titulidad pública. Pero en mi opinión, los estándar de rendimiento de la sanidad pública y la privada no pueden ser comparables. El particular que acude a un centro privado elige por sí mismo la asistencia sanitaria que se le presta. El administrado que se sirve de los servicios públicos de salud actúa en ejercicio de un derecho constitucional. Ello explica que la prestación de asistencia sanitaria pública se rija por el criterio del estándar de servicio, en tanto que en el régimen privado, para que pueda admitirse la existencia de responsabilidad extracontractual, se exija la mediación de culpa o negligencia del facultativo, con arreglo al criterio de la *lex artis ad hoc*.

92. En cuanto a la posibilidad de erigir el instituto de la responsabilidad administrativa en un

perfilar con mayor precisión la naturaleza jurídica peculiar de la responsabilidad administrativa, en atención a su fundamento y a su finalidad.

Paralelamente, el Derecho civil también opera con diferentes criterios para determinar la naturaleza o fundamento de la responsabilidad extracontractual, entre los que descolan el principio *alterum non lädere* y, más recientemente, la imputabilidad por riesgo⁹³. Conviene precisar las diferencias que separan estos principios de los analizados en relación con la responsabilidad administrativa. En primer lugar, el principio *alterum non lädere* no rige en el Derecho administrativo, pues se reconoce positivamente la generación de responsabilidad administrativa por el desempeño de actividades lícitas: la Administración puede actuar conforme a Derecho y, al propio tiempo, causar un daño del que resulta responsable, razón por la que la antijuridicidad de la lesión deriva en este caso hacia la singularidad o desproporcionalidad del sacrificio, un parámetro absolutamente desconocido por el Derecho civil. Y en cuanto a la imputación por riesgo, como ya se dijo, el Derecho civil no radica este criterio en un principio de equidad,

instrumento redistributivo de carácter social, que consienta indemnizar más generosamente a quien disfrute de un menor nivel de renta y viceversa, *vid.* MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo», *REDA*, núm. 24, 1980, pgs. 22 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pg. 129 (en nota).

93. La erradicación de la culpa como causa de imputación ha deparado la necesidad de replantear el fundamento jurídico de la responsabilidad civil extracontractual. La doctrina descarta, en principio, la operatividad de ofrecer un criterio unitario. Por ello se rechaza la opinión de STARK, quien fundamenta la responsabilidad extracontractual en la mera causación del daño, como un principio de garantía del patrimonio; *vid.* DE COSSÍO Y CORRAL, A. y otros: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 511 y VINEY, G.: *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pgs. 89 y ss. Esta última autora sostiene: «A pesar de esta propensión a extender la definición de la falta, la mayoría de los autores han percibido que ya no resulta posible, sin privarla de toda consistencia, ver en ella el fundamento único de todas las soluciones admitidas por el Derecho positivo en favor de la reparación de los daños causados por otro. Han reconocido francamente que algunos de estos supuestos exigen otra justificación. Algunos, como Ripert, lo han buscado en la idea de seguro. Pero otros, como P. Esmein, y sobre todo, M. R. Savatier, han convenido en aceptar que el "riesgo" es hoy, junto a la "culpa", uno de los fundamentos de la responsabilidad civil»; cfr. *op. cit.*, pgs. 88 y ss. (la traducción es nuestra).

Por otra parte, entre los autores civilistas nacionales goza de gran predicamento la postura de PANTALEÓN, para quien la responsabilidad civil extracontractual no ostenta en el Derecho español una función punitiva o reprobatoria; por el contrario «puede atribuirse una función de "satisfacción" para el dañado por lo que el dañante le ha hecho. Así como aceptar que dicha indemnización debe ser relativamente mayor en caso de conducta dolosa o gravemente imprudente para el dañante, y menor relativamente en caso de culpa levísimas o responsabilidad sin culpa, porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo, la repercusión psíquica negativa que el evento lesivo tenga sobre el dañado»; cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario...», *op. cit.*, pgs. 1971 y ss.

sino en la potencialidad lesiva de una actividad *que beneficia a quien la desempeña*; en el Derecho administrativo, por el contrario, no es la Administración quien se beneficia de su propia actividad, pues el riesgo que de ella se deriva persigue la satisfacción del interés general, y beneficia a la comunidad, no a la Administración. Además, como ya se anticipó, el riesgo que genera el ejercicio de funciones públicas adquiere dimensión constitucional, y no puede ser enjuiciado sin tomar en consideración la peculiaridad jurídica de la Administración pública, o de las potestades administrativas que desempeñan sujetos distintos de ella.

Estas diferencias, a mi juicio, resultan expresivas de la distinción dogmática existente entre la responsabilidad administrativa y la civil, que aun dirigiéndose a una misma finalidad (reparación del daño), difieren tanto en su fundamentación⁹⁴ como en su determinabilidad. En mi opinión, asimilar la responsabilidad administrativa con el principio civil de responsabilidad por riesgo desnaturalizaría tanto el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa como la justificación misma de ese principio. Un poco más adelante (§3.4) profundizaremos en estas afirmaciones.

3.3. La legislación específica sobre responsabilidad extracontractual en determinadas materias y su aplicación a la Administración.

El derecho positivo ha regulado expresamente la responsabilidad extracontractual derivada del desempeño de concretas actividades o funciones. Así su-

94. En este sentido, ha afirmado el Magistrado de lo contencioso VÁZQUEZ GARCÍA, A.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 156: la responsabilidad extracontractual civil y la administrativa «se configuran de una manera legal completamente distinta: el art. 1902 y el art. 1903 establecen una responsabilidad extracontractual, basada en la culpa o negligencia. ¿Y qué hacen la Ley de Expropiación Forzosa, o la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su día? Consagran una responsabilidad objetiva. Muy distinta, alejada de toda idea de culpa o negligencia (...). Ya no estamos trasladando al ámbito de la Administración una institución propia de Derecho civil, creo que tiene autonomía y configuración propia. Surge en el plano legal, con posterioridad, lógicamente, a la promulgación del Código Civil, y sin embargo, se configura de una manera completamente distinta: *es una institución de Derecho administrativo*. Consecuencia cuando se promulga la Constitución, y ahora, con la Ley 30/1992».

La distinta fundamentación jurídica de la responsabilidad administrativa también ha sido señalada por la doctrina civilista, que la cimenta sobre el principio de socialización de los riesgos, es decir, de solidaridad ciudadana frente a la actividad de la Administración; *vid.* FÁBREGAS DEL PILAR: «La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios», *RGLJ*, núm. 6, 1957, pgs. 701 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *op. ult. cit.*, pg. 811 y DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 165, nota 29.

Y en el seno de la doctrina jurídico-administrativa, conviene destacar las relevantes aportaciones efectuadas al respecto por MARTÍN REBOLLO, sobre todo en su trabajo «La responsabi-

cede tanto con los artículos 1903 a 1910 CC⁹⁵, como en relación con leyes singulares que establecen regulaciones específicas de responsabilidad extracontractual⁹⁶. Con ello se persigue, generalmente, ampliar las garantías de los perjudicados, extendiendo progresivamente el ámbito de la responsabilidad objetiva. Muchas de estas actividades son desempeñadas a un propio tiempo por los particulares y por la Administración, pero estas leyes específicas hacen abstracción del sujeto actuante, y pretenden alcanzar un mínimo común de garantías reparadoras en beneficio de los potenciales perjudicados por el desarrollo de la actividad en cuestión. Tanto da que el vehículo a motor lo conduzca un funcionario en la prestación de un servicio público, como que lo haga un particular en viaje de placer; tampoco es relevante que los objetos arrojados por las ventanas provengan de edificios públicos o privados. Lo que interesa al ordenamiento es que quien provoque uno de los daños individualizados que señalan estas normas asuma la correspondiente obligación de reparación.

Conviene integrar estas previsiones con cuanto se lleva afirmado hasta aquí. Los artículos 139 y ss. LRJ-PAC establecen los principios generales aplicables a la responsabilidad administrativa extracontractual, y el artículo 1902 CC regula paralelamente el principio general de esa misma responsabilidad en el ámbito civil; los preceptos específicos que ahora analizamos disponen un régimen unitario de responsabilidad en relación con determinadas materias o actividades, exceptuando la aplicación de las reglas generales, tanto civiles como administrativas. Ello significa que la Administración pública resulta incluida en estos regímenes especiales cuando desempeñe tales actividades, desde el momento en que las leyes especiales no excluyen a la Administración de su ámbito de aplicación.

Como se sabe, el incremento de garantías que conllevan las leyes especiales de responsabilidad extracontractual incluye generalmente la imposición de la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad por daños. Estos seguros

lidad...» (1988), pgs. 55 y ss., cuyas conclusiones han impregnado los numerosos estudios que el autor ha efectuado con posterioridad en la materia, y especialmente, el titulado «Nuevos planteamientos...», citado.

95. Así, la responsabilidad de las personas o entidades titulares de un centro docente de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos menores de edad durante el tiempo que estuvieren bajo su control o vigilancia (art. 1903.5); la responsabilidad ocasionada por animales o semovientes (art. 1905); por ruina de edificios (art. 1907); por explosión de máquinas, humos excesivos, caída de árboles o emanaciones de cloacas o depósitos (art. 1908); o por los objetos arrojados de una casa o parte de ella (art. 1910).
96. El común de la doctrina hace referencia a los siguientes supuestos: Ley de Navegación Aérea, de 21 julio 1960; Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 28 junio 1986; Ley de Energía Nuclear, de 29 abril 1964; Ley de Caza, de 4 abril 1970 y Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 julio 1984.

obligatorios tienen definidas cuantías máximas. Hasta el importe fijado, la responsabilidad en que se incurre es absolutamente objetiva. En lo restante, se aplican los criterios generales de imputación. La Administración pública ajusta su actuación en este caso al régimen especial de la actividad, por lo que deberá suscribir el seguro obligatorio correspondiente, y en lo que excede de su importe responderá conforme a su régimen común, *que en este caso no es el prevenido por el artículo 1902 CC, sino el que le resulta de aplicación a la Administración con carácter general*, esto es, los artículos 139 y ss. LRJ-PAC, que regulan los criterios específicos jurídico-administrativos de imputación de responsabilidad. Un poco más adelante tomaremos todo ello en consideración, en punto a determinar el reparto de jurisdicción operativo en estos supuestos.

3.4. Conclusión: distinción sustantiva de regímenes jurídicos y oportunidad de la atribución competencial en la materia a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si recordamos que la especialización judicial en distintos órdenes persigue promover que los asuntos sean resueltos por magistrados con conocimiento específico en la materia, la consecuencia que se anuda a esta apreciación parece inevitable: *ha de ser un mismo orden jurisdiccional quien conozca de todos los supuestos de responsabilidad administrativa, y ese orden jurisdiccional debe ser precisamente el contencioso-administrativo*, por tratarse del que manifiesta un mejor conocimiento de todas las cuestiones apuntadas. Si en algo se aproximan los regímenes civil y administrativo de responsabilidad extracontractual, es en la considerable discrecionalidad de que disfruta la Magistratura para valorar su existencia en cada caso, circunstancia que ya ha sido destacada en los epígrafes anteriores. Y precisamente, la nota compartida de la discrecionalidad hace que materias sustancialmente iguales merezcan distinta consideración en función del orden juzgador, aplicando en supuestos análogos grados diferentes de imputación de responsabilidad⁹⁷.

97. Es el caso paradigmático de la prestación deficiente de asistencia sanitaria por los organismos públicos de salud: el orden contencioso-administrativo aplica a este supuesto el principio de la responsabilidad por riesgo, como demuestra la STS (Sala 3.^a) 6 febrero 1996 (RJ 1996, 989), que afirma: «La norma inspiradora del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que invoca el recurrente, es la de una responsabilidad objetiva que ha sido recibida por nuestro ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares pueda entrañar la responsabilidad del Estado». Más expresivamente aún, la STS (Sala 3.^a) 16 febrero 1996 (RJ 1996, 1199), sostiene: «No tiene ninguna aplicación en este caso el artículo 1902 del Código Civil que sanciona la responsabilidad subjetiva. En la fórmula legal de los artículos invocados, que definen la responsabilidad objetiva de la Administración, están incluidos no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actuación culpable de la Administración o de sus agentes (...), sino también los daños producidos por una actividad perfecta

En mi opinión, esta disfunción resulta desaconsejable, y debe corregirse atribuyendo los asuntos a los Jueces que ostentan un mejor conocimiento del correspondiente parámetro de aplicación, en función de la materia en análisis (responsabilidad administrativa o civil). La Administración pública, o los particulares que ejercen funciones públicas, deben ser enjuiciados a efectos de imputación de responsabilidad por quienes conocen y manejan el Derecho que se les aplica, esto es, por quienes se encuentran en mejor disposición para valorar el estándar de funcionamiento del servicio público o la potencialidad del riesgo que genera el ejercicio de las potestades administrativas⁹⁸. En efecto, *la valoración casuística de la responsabilidad administrativa exige un conocimiento específico por parte del órgano jurisdiccional que la enjuicie*. Requiere, en primer término, un dominio cognoscitivo de la Administración, de sus pautas de conducta, y de su Derecho específico. Reclama, igualmente, una plena consideración del régimen jurídico de los servicios públicos, de su dimensión constitucional, y de su estándar de funcionamiento, pues de otro modo no sería posible pronunciarse con rigor acerca de si se ha satisfecho o no el nivel de prestación que de los mismos cabe esperar, tanto en atención a su régimen jurídico, como a su organización específica, así como del contexto histórico y social en que son desempeñados, circunstancias todas determinantes del casuismo jurisprudencial evolutivo que preside la materia⁹⁹. Obliga, por último, a la consideración del régimen jurídico

mente lícita como indica claramente la referencia explícita que la Ley hace a los casos de funcionamiento normal, lo cual supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o al menos con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y *en definitiva los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios*» (la cursiva es nuestra).

En cambio, el orden civil aplica a este mismo supuesto un criterio culpabilístico más riguroso, referido a la *lex artis ad hoc*; así, en STS (Sala 1.^a) 11 marzo 1996 (RJ 1996, 2415), afirma: «La responsabilidad extracontractual directa del INSALUD surge al darse culpa o negligencia por parte del personal dependiente, autores del acto médico o clínico enjuiciado que generó el daño, descartándose la responsabilidad objetiva y sin que opere la inversión de la carga de la prueba».

En el Capítulo III, §3, se ofrece una referencia a la doctrina de la Sala de lo Social, que no se conduce en la materia con criterios uniformes, aplicando en ocasiones el régimen jurídico-público, y en otras el jurídico-privado. Asimismo, se expondrán las diferentes valoraciones doctrinales realizadas sobre la aplicación de criterios homogéneos o diferenciados por parte de los distintos órdenes jurisdiccionales en esta materia.

98. Lo que ya fue advertido por MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pg. 161: «El sistema de responsabilidad objetiva está montado en beneficio del administrado, en defensa de su integridad patrimonial cuando esta integridad se vea afectada por actos, hechos u omisiones imputables a la Administración, que es lo que importa, no si aquélla ha obrado siguiendo un régimen jurídico-público o ha adoptado un sistema jurídico-privado. Y el conocimiento de estos litigios debe ser residenciado ante los Tribunales que le son propios a ese sujeto y centro de imputación que es la Administración pública».

99. En el mismo sentido, afirma PAREJO ALFONSO, L.: «Objeto, ámbito de aplicación y principios

del empleo público, en orden a aplicar los criterios que señala el artículo 145.2 LRJ-PAC para enjuiciar la responsabilidad culposa de los funcionarios frente a la Administración.

Lo que pretendo destacar con todo ello es que, debido a la función controladora del rendimiento de la actividad administrativa que constituye uno de

generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pg. 33: «Esta institución (la responsabilidad administrativa) opera necesariamente, en la práctica y de cada vez, en el contexto de las concretas regulaciones de los diversos servicios públicos y en función de las características específicas de éstos, por lo que dichas regulaciones sectoriales inciden inevitablemente, si no en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial como institución, si cuando menos en los términos últimos de su concreta aplicación. Pues ésta no puede ser, en modo alguno, ajena, ni a la construcción jurídico-administrativa del sector de la realidad sobre el que se proyecte el servicio público, ni a la organización y el funcionamiento de éste, toda vez que tales extremos condicionan la imputación en concreto de la producción de un daño o un perjuicio y de sus consecuencias reparadoras».

En análogo sentido ha afirmado igualmente MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial...» (1996), *op. cit.*, pg. 827: «Este es, quizás, uno de los elementos más destacables y al mismo tiempo menos precisos del sistema. Porque si bien es cierto que la fórmula de imputación es muy amplia, el punto de referencia donde poner el listón en los casos de mal funcionamiento o de funcionamiento tardío pura y simplemente no existe más que como una referencia genérica y ambigua, dada la falta de prescripciones legales concretas en la regulación específica de cada servicio y del actuar general de la Administración (...). Para intentar solventar esta disfunción no hay más remedio que seguir confiando en los criterios jurisprudenciales, con el riesgo señalado por algún autor de que los Tribunales coloquen ficticiamente, por encima o por debajo, los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de los servicios del país»; cfr. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial...» (1996), *op. cit.*, pg. 827. El autor al que se refiere es NIETO GARCÍA, A., y el lugar donde se incluyó la frase citada es el prólogo del libro de BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pg. 18. Este último autor, en su trabajo «La relación de causalidad en materia de responsabilidad de la Administración en la jurisprudencia reciente», *REDA*, núm. 53, 1987, pg. 99, afirma igualmente: «Establecer los criterios por los que se puede atribuir a un ente público las consecuencias de un determinado hecho dañoso es una tarea indispensable para un correcto funcionamiento de la institución resarcitoria».

La opinión de NIETO se corresponde además con la expresada por SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Sobre los límites...», *op. cit.*, pg. 647, para quien «una aplicación indiscriminada o una aplicación inadecuadamente extensiva del sistema de responsabilidad civil de la Administración que establecen nuestras leyes podría dar lugar, si no a una paralización de la actividad administrativa (...) si a dedicar una excesiva y desproporcionada parte de los mismos a la satisfacción de sus responsabilidades. (...) De ahí que se imponga como imprescindible la fijación de unos criterios claros para discernir los supuestos en que el daño causado haya o no de ser indemnizado por la Administración».

En concordancia con lo apuntado, puede recordarse que determinados servicios públicos

los fundamentos jurídicos de la responsabilidad administrativa extracontractual, debe ser el Juez contencioso-administrativo quien aplique sus criterios específicos de imputación, pues de otro modo podría desnaturalizarse la institución, que pasaría a ser, sencillamente, un mecanismo reparador frente al daño sostenido: *también* desempeña este papel, pero no es el único que le corresponde. De no encomendarse la competencia al Juez contencioso-administrativo, se desdibujaría esa otra función paralela de la responsabilidad administrativa, que se encuentra en la esencia misma de su existencia, y no representa un mero complemento de su operatividad, sino un rasgo esencial de esta institución jurídica. Además, se correría el riesgo de que el nivel de rendimiento de los servicios públicos exigido por la jurisdicción civil sea distinto (más elevado o más reducido) que el aplicado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es más, la diferenciación material de regímenes jurídicos excluye la aplicación de las reglas extensivas de la competencia de cada orden jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁰. Un Juez civil no puede alegar la *vis atractiva* para irrogarse el conocimiento de un asunto en el que no se aplica Derecho civil. La situación que representa la existencia de un régimen específico de responsabilidad administrativa es comparable en ese sentido al régimen jurídico de los contratos administrativos. Existen contratos privados y contratos administrativos, sin que la jurisdicción civil pueda juzgar las cuestiones litigiosas relativas a estos últimos. A pesar de que en ambos casos se trate de figuras contractuales, nadie pone en duda las diferencias de régimen jurídico que separan el contrato administrativo del privado, como tampoco es dudoso que su atribución jurisdiccional opera en beneficio del orden contencioso-administrativo. Idéntica consideración merece, a mi juicio, la materia «responsabilidad administrativa», que se encuentra concebida y regulada como una institución peculiar, sustancialmente distinta de la civil, cuyo conocimiento debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo ello no encuentra oposición bastante en el hecho de que en variados campos de la actividad administrativa, que han sido conocidos a efectos de responsabilidad tanto por la jurisdicción civil como por la contencioso-administrativa, se haya alcanzado un nivel comparable de protección jurídica en relación con los particulares lesionados. Si el sistema se encuentra apoyado, tanto en lo civil como en lo administrativo, sobre el casuismo jurisprudencial, debe ser cada ámbito jurisdiccional el que despliegue sus reglas propias sobre la materia en examen, sin que resulte preciso ni conveniente sumergirse en una espiral de

reclaman criterios específicos de imputación de responsabilidad, como los que postula, en relación con el servicio de Correos, PEMÁN GAVÍN, J.: «La responsabilidad de Correos por daños causados a los usuarios», *RAP*, núm. 99, 1982, pgs. 106 y ss.

100. Como se destaca y fundamenta con mayor detenimiento en el Capítulo II, §4.3.

garantismo en la que se pugne por reconocer al justiciable el mayor nivel comparativo de protección jurídica, operación que, a mi juicio, desnaturaliza la institución y le hace perder sus contornos y su funcionalidad. Por ello, tampoco los principios de equidad y economía procesal deberían adquirir en estos casos fuerza jurídica bastante para determinar la extensión del ámbito material de la jurisdicción civil, a pesar de que en muchos fallos constituyan el pudoroso argumento que justifica la resolución del fondo del asunto; un asunto que, recuérdese, pone a prueba a la Administración, contrasta sus pautas reales de funcionamiento con un modelo ideal al que debe tenderse, siendo así que existe un orden jurisdiccional especializado para conocer y pronunciarse sobre ambos aspectos, esto es, tanto sobre el estándar de comportamiento práctico de la Administración, como sobre el modelo que le resulta de aplicación para efectuar el correspondiente contraste jurídico, en función de sus medios, de su organización, y de su dimensión constitucional y legal.

De este modo, queda demostrada la oportunidad de unificar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo todos los supuestos enclavados en el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual¹⁰¹. Un

101. El autor que ha elogiado con mayor detenimiento la unificación de regímenes jurídicos que, en su opinión, comporta la Ley 30/1992, ha sido LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 403. A pesar de lo extenso del párrafo en el que condensa su pensamiento, conviene transcribirlo aquí, por resumir la mayor parte de las conclusiones que hemos ido desgranando a lo largo de este Capítulo: «Esta unificación del sistema sólo merece elogios. La unidad jurisdiccional, intentada por la Ley de lo Contencioso de 1956 (siguiendo la dirección marcada por la LEF de 1954) y frustrada pocos meses más tarde por el artículo 41 LRJAE, que ahora se deroga, era una reforma inaplazable y unánimemente demandada por la doctrina, vistos los inconvenientes prácticos que la dualidad de jurisdicciones conlleva para los justiciables (peregrinaje, dilaciones, etc.), sino también el alto nivel de inseguridad jurídica alcanzado en esta materia por las graves e imprevisibles diferencias de criterio existentes entre los órganos de una y otra jurisdicción (civil y contencioso-administrativa) en relación con los elementos esenciales del régimen de daños (criterios de imputación, nexo causal, elementos del daño indemnizable, plazo de reclamación, cuantía de las indemnizaciones, competencia jurisdiccional, etc. Pero, con ser importante la unidad procesal de las acciones de resarcimiento frente a la Administración, habría resultado insuficiente de no haber estado acompañada de la correlativa unificación del Derecho material aplicable. (...) El dato relevante para la víctima (y, en el plano dogmático, para la entera institución de la responsabilidad) es la lesión antijurídica que debe imputarse como hecho propio a la actividad de la Administración, no la naturaleza privada o pública de la relación extracontractual en cuyo ámbito se produjo el hecho administrativo dañoso. Pero es que, además, creo que puede afirmarse que, más allá de la naturaleza de dicha relación, que aquí poco importa, toda actividad extracontractual causante de un daño imputable a la Administración es siempre, como hecho jurídico separable, actividad administrativa en sentido propio y, por tanto, actividad incluida en la cláusula constitucional del *funcionamiento de los servicios públicos*».

Concuerdo linealmente con el planteamiento, al que debo aparejar la reflexión, anterior-

régimen, por otra parte, que, como hemos tenido ocasión de comprobar en los epígrafes precedentes, resulta de aplicación tanto al conjunto de la actividad de la Administración, como también, en ciertos casos, a los particulares que ejercen potestades administrativas. Conforme a un criterio funcionalista de reparto de jurisdicción, como sería el fundamentado en el régimen jurídico de la actividad generadora del daño, la jurisdicción contencioso-administrativa conocería de todas las reclamaciones por responsabilidad extracontractual dirigidas contra la Administración, y al propio tiempo, de las dirigidas contra los particulares o las corporaciones de Derecho público en la medida que ejerzan potestades administrativas.

El problema que plantearía un reparto de jurisdicción basado en este criterio es de seguridad jurídica, en los supuestos en que los sujetos afectados por la regulación material de la responsabilidad administrativa extracontractual se encuentren sometidos parcialmente a este régimen, y parcialmente al privado o común, como es el caso de las corporaciones de Derecho público, o de los concesionarios de servicios públicos y contratistas de la Administración en general. En efecto, el particular que soporta un daño por parte de otro no tiene por qué conocer exactamente en qué condición actúa el causante, si en interés propio o en el ejercicio de potestades administrativas. En estos supuestos de compartimentación de regímenes jurídicos, cuando el daño es consecuencia de actividades puramente materiales, subsiste el problema de determinar el régimen jurídico aplicable: la experiencia habida durante la vigencia del artículo 41 LRJAE es ilustrativa de esta circunstancia. Todo ello invita a la flexibilidad *en la determinación normativa* de las reglas de reparto de jurisdicción; *pero no necesariamente a la aplicación extensiva* de estas reglas por parte de la jurisprudencia. En supuestos fronterizos, que dificultan al justiciable la imputación cabal de responsabilidad a uno u otro tipo de funciones (públicas o privadas), el ordenamiento jurídico debe establecer reglas claras de reparto que faciliten la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer del asunto. Se trata, como se ha dicho, del régimen de responsabilidad articulado en relación con la gestión indirecta de los servicios públicos, o con las potestades administrativas atribuidas a las corporaciones de Derecho público. La doble condición del agente, vinculado por normas de Derecho público y privado, no debe trasladarse al ámbito de la responsabilidad administrativa si ello supone un obstáculo para la defensa jurídica del tercero lesionado. En este contexto, el legislador debe establecer una regla clara, y en la medida que no resulte posible articular un reparto de jurisdic-

mente expuesta, de que la unificación sustantiva del régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual ha venido, en realidad, de la mano de la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la que será catalizador definitivo la unificación jurisdiccional que emprende la Ley 30/1992, implantando definitivamente la acepción de la expresión «servicios públicos» como manifestación del conjunto de actividades de la Administración, y aplicando a todo ello el régimen de responsabilidad que se regula en los arts. 139 y ss. LRJ-PAC.

ción fácilmente aprehensible y operativo en la práctica, deberá optar por adscribir los asuntos a un solo orden jurisdiccional, o permitir la libre opción del justiciable por cualquiera de ellos.

De otro lado, la oportunidad de unificar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo todas las reclamaciones de responsabilidad extracontractual encuentra también obstáculos en aquellas materias o actividades recogidas más arriba (§3.4) en las que existe un régimen sustantivo específico. En tales circunstancias, y siendo una misma la materia, también debería ser uno solo el orden jurisdiccional competente para conocer de las correspondiente reclamaciones de responsabilidad. Sin embargo, debe notarse que las distintas normas reguladoras de estas cuestiones, salvo excepciones¹⁰², no incluyen previsión alguna acerca del reparto de jurisdicción en la materia. Ello significa que, cuando no se haya señalado el orden jurisdiccional competente en la materia, el reparto de jurisdicción se someterá al mismo régimen general que el ordenamiento haya previsto en relación con el sujeto actuante. Este régimen jurídico-positivo será analizado en los dos próximos capítulos; sin embargo, por razones sistemáticas, no se hará referencia en ellos al problema que nos ocupa¹⁰³. Basta con retener desde ahora que, si el Derecho positivo unifica en un solo orden jurisdiccional el conocimiento de todas las reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra la Administración, ese mismo orden conocerá de las articuladas en relación con estas materias, al no existir normas jurídico-procesales específicas que establezcan otro régimen distinto¹⁰⁴. Y en este caso, no parece posible sostener que la

102. Así, el art. 64 de la Ley 25/1964, de 29 abril, dispone que la responsabilidad del Estado por los accidentes nucleares acaecidos en las instalaciones de que sea titular se determinará con arreglo a los trámites previstos en los arts. 40 y siguientes de la LRJAE, de donde debe deducirse que el orden jurisdiccional competente para conocer de la materia es el contencioso-administrativo.

103. De otro lado, en el Capítulo III, §1.5, se analizan los extremos jurídico-procesales relativos a la existencia de pólizas de seguros suscritas por la Administración en orden a la cobertura de ciertos daños, cuestión estrechamente relacionada con la tratada en el texto.

104. En este sentido, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha tenido ocasión de aplicar estos regímenes especiales de responsabilidad administrativa a supuestos concretos de los que ha conocido, como se pone de relieve en la STS 12 marzo 1975 (RJ 1975, 1798), comentada por SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Sobre los límites ...», *op. cit.*, pg. 652.

Por otra parte, la misma solución postulada en el texto es defendida con autoridad por CABALLERO GEA, J. A.: *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pgs. 400 y ss.

Sin embargo, y como es sabido, el orden civil conoce y resuelve sin obstáculo competencial aparente los recursos que se presentan ante el mismo en estas materias; sirva de ejemplo la STS (Sala 1.^a) de 26 de marzo de 1997 (AJA 1997, núm. 292/34), que resuelve un asunto en que se reclamaba la responsabilidad extracontractual de un Ayuntamiento por las lesiones derivadas de un accidente de tráfico; *vid.*, asimismo, la STS (Sala 1.^a) de 22 de abril de 1996, citada en nota 41.

valoración que se efectúe por cada orden jurisdiccional diferirá, por cuanto, como se sabe, la responsabilidad en estos casos es de carácter absolutamente objetivo, sin mediar criterios más o menos culpabilísticos de imputación, por lo que el casuismo jurisprudencial queda completamente descartado.

4. DETERMINACION DE UN PUNTO DE PARTIDA EN EL ANALISIS DEL REPARTO DE JURISDICCION EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRACONTRACTUAL

Tras haber observado el rendimiento práctico de la anterior regulación normativa, interesa acercarse a los nuevos textos legales, para descubrir si han eliminado aquellas ambiguas expresiones que motivaron la ya conocida disparidad de criterios interpretativos en su aplicación. Una primera lectura del Título X LRJ-PAC, realizada a estos solos efectos, demuestra que el legislador se ha servido nuevamente de los mismos términos que aparecían en la legislación derogada, y vuelve a regular la responsabilidad administrativa extracontractual mediante fórmulas como «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (art. 139.1), «relaciones de Derecho público o privado» (arts. 142.6 y 144), o «responsabilidad civil y penal» (art. 146). La pervivencia de los mismos términos en la Ley hace temer que los distintos operadores jurídicos perseveren en sus interpretaciones respectivas, reproduciéndose un panorama semejante al que hemos contemplado durante este Capítulo. El análisis específico de la doctrina académica y jurisprudencial que se efectúa en el resto del trabajo confirmará esta impresión, que no obstante debe adelantarse para prevenir al lector: la cuestión dista mucho de estar clara, y confluyen sobre ella líneas interpretativas profundamente contradictorias, de difícil integración en una visión armónica de la institución en examen.

En efecto, el análisis desarrollado durante todo este Capítulo resulta expresivo de la complejidad que representa la materia objeto de estudio. Aunque hayamos seguido un razonamiento aparentemente circular, o reiterativo (en particular, durante los epígrafes 1 y 2), cada uno de los criterios citados son distintos, obedecen a justificaciones diversas, y también deparan consecuencias diferentes, algunas de las cuales podrán prolongarse tras la aprobación de la Ley 30/1992, en tanto que otras no. Los criterios manejados por la doctrina y la jurisprudencia sobre la responsabilidad administrativa extracontractual son de tal diversidad, y se enfrentan de manera tan abierta, que resulta por completo irrealizable cualquier pretensión de armonizar todas las doctrinas coexistentes en una sola visión integradora: el intento se tropieza constantemente con pronunciamientos contradictorios que cuestionan la validez del planteamiento de base. La circunstancia es compartida tanto por el sistema mismo de reparto, como por la valoración del régimen sustantivo de la responsabilidad administra-

tiva, que en unos casos se considera unitario (objetivo y directo), y en otros, diferenciado en función de la actividad (admitiendo la responsabilidad culposa de la Administración cuando actúa al margen del giro o tráfico administrativo), lo que incrementa notablemente las combinaciones alternativas de criterios que pueden acumularse en la cuestión. A mi juicio, todo ello se debe principalmente a la escasa precisión terminológica de los textos positivos, que al regular esta materia se sirven de formulaciones clásicas pero verdaderamente poco expresivas, aventando las disparidades de interpretación, que resultan aún más acusadas cuando, como es el caso, inciden en la materia competencias de órdenes jurisdiccionales diferentes.

Para transmitir una imagen elocuente del estado de la cuestión, conviene recordar lo que sucede con el reparto de jurisdicción en ciertos casos, habida cuenta del manejo de criterios contradictorios por parte de los diferentes órdenes jurisdiccionales. En este sentido, puede recordarse lo que acontece en relación con los daños derivados por la prestación deficiente de asistencia sanitaria en centros del sistema público de salud. El particular podrá optar por acudir, al menos, a los órdenes jurisdiccionales civil, social, y contencioso-administrativo; además, podrá recurrir ante el orden penal, si entiende mediación de delito doloso o culposo en la actuación del facultativo. Si acude al orden civil, éste se entenderá competente debido a que se trata de una prestación ajena al concepto estricto de servicio público, que se desempeña mediante forma jurídica de Derecho privado (entes del sistema público de salud); el régimen jurídico de aplicación será culposo, valorándose conforme al criterio de la *lex artis ad hoc*, y sin inversión de la carga de la prueba; si se ha recurrido simultáneamente contra el particular actuante, la responsabilidad de la Administración será solidaria. Si recurre ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso se admitirá debido a la consideración de que se actúa en el marco del giro o tráfico administrativo, y le será de aplicación un régimen objetivo de responsabilidad, aunque atenuado conforme al estándar del servicio público; la responsabilidad de la Administración, en este caso, será directa. Ante la jurisdicción social puede acudir sin necesidad de recurrir solidariamente contra la Administración y el particular causante del daño; la jurisdicción se entenderá competente por considerar que la asistencia sanitaria es un derecho subjetivo comprensivo de las reclamaciones por daños derivadas de la prestación, y aplicará un régimen objetivo o subjetivo (no hay en este sentido uniformidad jurisprudencial) para determinar si existe o no derecho al resarcimiento. Por último, de mediar delito (por ejemplo, imprudencia temeraria con resultado de muerte), el orden penal podrá conocer del asunto, estableciendo la responsabilidad penal del causante del daño conforme a criterios de culpabilidad, en cuyo caso la Administración responde con carácter subsidiario (según la ley; y solidario, según alguna jurisprudencia aislada que tendremos ocasión de comentar en su lugar).

A pesar de todo lo expuesto, resulta preciso conducirse en esta materia de acuerdo con un criterio claro, que fije el norte de la interpretación normativa, y permita analizar coherentemente el reparto jurisdiccional previsto por el Derecho positivo en relación con la responsabilidad extracontractual de la Administración. Si no partimos de esta base, corremos el serio peligro de incurrir en graves contradicciones a lo largo de la exposición, por ejemplo, postulando acepciones incompatibles del término «servicios públicos» en lugares distintos del estudio.

A mi juicio, la responsabilidad administrativa extracontractual es una materia específica, que goza de una regulación normativa distinta de la civil, se encuentra presidida por principios aplicativos diferentes, y ostenta asimismo una naturaleza jurídica peculiar, derivada de la posición constitucional de la Administración y de las garantías exigibles frente al ejercicio de las potestades administrativas. Asimismo, considero que la expresión «servicios públicos», recogida en las normas reguladoras de la responsabilidad administrativa, es referible al conjunto de la actividad de la Administración, ya se trate de funciones públicas o privadas, y por consiguiente, que el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa es unitario, y se apoya en criterios de imputación propios, distintos de los manejados por el Derecho civil. Del mismo modo, estimo que el artículo 41 LRJAE, al menos tras la promulgación de la Constitución Española, debió ser interpretado como regla de reparto jurisdiccional (no de régimen sustantivo), y su finalidad era adscribir al orden civil el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra los entes de Derecho público. Los apoyos académicos y jurisprudenciales que sustentan estas tesis se han recogido en los epígrafes precedentes, sin que resulte preciso recordarlos ahora.

Este planteamiento de base se dirige a una triple finalidad. *En primer lugar*, si la responsabilidad administrativa extracontractual constituye una materia específica, conviene que su conocimiento se atribuya a un solo orden jurisdiccional, y ese orden debe ser, precisamente, el contencioso-administrativo. La apreciación realizada se configura así como idea directriz en el análisis del sistema de reparto de jurisdicción en la materia. A lo largo de la exposición iremos contrastando en qué supuestos el ordenamiento jurídico ha recibido este planteamiento y en cuáles no. Asimismo, reclamaremos la necesidad de que, en la medida que ello no atente al principio de seguridad jurídica y al derecho a la tutela judicial efectiva, el sistema se diseñe y construya sobre esta pauta, valoración que se dirige más a orientar futuras regulaciones en la materia, que a sobreponerse a la realidad de los textos vigentes.

En segundo lugar, si la materia es distinta de la civil, y se encuentra legalmente atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, los restantes órde-

nes jurisdiccionales no podrán extender su competencia respectiva, salvo que asimismo la tengan legalmente atribuida. Esta consideración no constituye ya un contraste de la pura conveniencia del reparto, sino un criterio estricto de interpretación jurídica, que por su particular dimensión (es norma de orden público) ha de ser adecuadamente respetado.

En tercer y último lugar, la finalidad de la recapitulación anterior es puramente preventiva. Seguidamente analizaremos el sistema de reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa extracontractual: si existen distintas interpretaciones posibles de una misma regulación positiva, es preciso adelantar la nuestra, de manera que, como ya hemos avanzado, se aborde la materia coherentemente, con un presupuesto claro y bien definido. De esta manera no se cludirá en cada caso controvertido la exposición de posibilidades alternativas de reparto; antes al contrario, se resaltarán tales interpretaciones, en lo que tienen de contradictorias con el planteamiento general, pues no se trata de escamotear ningún elemento en la cuestión, sino de ofrecer una visión que, a mi juicio, es la que mejor se adapta al sistema jurídico-administrativo español.