

Capítulo II

El ámbito competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹

1. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE *TODAS* LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL ARTICULO 149.1.18.² DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

El artículo 149.1.18.³ establece que corresponde al Estado la competencia legislativa para determinar el régimen jurídico de la responsabilidad de *todas* las administraciones públicas. En tanto que cláusula apoderativa, el precepto debe ser interpretado como una reserva competencial del Estado en relación con la materia². Pero al propio tiempo, es posible considerar que, en virtud de esta cláusula, la Constitución dirige al Estado un mandato para que establezca el régimen jurídico de la responsabilidad de *todas* las administraciones públicas³. Conectando este razonamiento con el anterior, resulta que es precisamente el Estado quien debe determinar los entes que se sujetan a la regulación específica de la responsabilidad administrativa, quedando sometidos en lo restante al régimen civil común; y asimismo, es también el Estado quien debe precisar el significado de la expresión «servicios públicos» que figura en el artículo 106.2, determinando el modelo de responsabilidad que se instaura en nuestro ordena-

1. Como aclaración preliminar debe advertirse que, algunos aspectos que se tratarán a lo largo de este Capítulo, son relativos a la responsabilidad administrativa extracontractual *de la Administración*, y no a la de otros sujetos que asimismo se encuentran sometidos al régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa extracontractual, por lo que deberemos sustituir esta última expresión por la de «responsabilidad de la Administración».
2. *Vid.*, por todos, MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 26.
3. En este sentido, FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común de procedimiento administrativo*, Colex, Madrid, 1993, pg. 120, recuerda que el título competencial del que disfruta el Estado en orden a determinar el régimen de responsabilidad administrativa constituye una competencia exclusiva cuyo ejercicio resulta de aplicación a todas las administraciones públicas. En la misma línea se manifiesta BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pg. 412.

miento jurídico⁴. Y poniéndolo en relación con lo que se dirá más abajo, tal régimen de responsabilidad resultará de aplicación a *todas* las administraciones públicas, con independencia de su naturaleza jurídica específica (Administración territorial o institucional)⁵.

De otro lado, el orden jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones de responsabilidad será asimismo el que legalmente se establezca, configurándose el reparto conforme a lo dispuesto formalmente por las leyes, que determinan, en cada caso, el régimen sustantivo de la materia y el procedimiento que debe seguirse para reclamar la responsabilidad administrativa extracontractual. En relación con esto último, interesa destacar que la Ley estatal que desarrolle el artículo 106.2 CE puede establecer un procedimiento específico mediante el que exigir tal responsabilidad, y de esa regulación puede derivarse la necesidad de que sea un orden jurisdiccional concreto el que conozca de las correspondientes reclamaciones. En efecto, si mediante el cumplimiento del mandato constitucional de desarrollo legislativo que incorpora el artículo 106.2 CE se establece un procedimiento administrativo por el que reclamar la responsabilidad de la Administración, y al propio tiempo, en ejecución del mismo mandato constitucional, se amplía el ámbito material de la responsabilidad administrativa extracontractual cuya exigencia se somete al procedimiento, se está produciendo *ipso iure* una modificación del reparto jurisdiccional en la materia, que no se ha contenido en normas jurídico-procesales, sino en normas sustantivas. Con esto quiere decirse que una modificación de las normas sustantivas puede deparar la alteración del reparto jurisdiccional que resulte de aplicar unas mismas normas procesales, sin que ello pueda ser entendido como una vulneración de los condicionamientos jurídicos que regulan el reparto jurisdiccional en nuestro Derecho (reservado a ley orgánica), dado que el criterio de reparto recogido en la normativa procesal ha sido respetado, y lo que se ha modificado es el régimen sustantivo de la materia, sin que tal modificación pueda reputarse inconstitucional por encontrarse desprovista de la forma de ley orgánica. No se ha pretendido modificar el criterio procesal de reparto (que sigue siendo el mismo antes y después de la reforma), sino la regulación sustantiva de una misma materia, lo que inevitablemente ha provocado una reordenación de la extensión competencial de los distintos órdenes jurisdiccionales, derivada de aplicar exactamente los mismos criterios.

Este razonamiento debe ser suficientemente resaltado, por las singulares consecuencias que reviste sobre el tema en examen. Como hemos de ver más

4. En este mismo sentido ha afirmado MARTÍN REBOLLO, L.: «Nuevos planteamientos...», *op. cit.*, pg. 2833, que el art. 106.2 CE deja un amplio margen a la acción del legislador en orden a determinar el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa extracontractual.

5. En el mismo sentido, COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992...*, *op. cit.*, pg. 659.

adelante, un cierto sector (doctrinal y jurisprudencial) cuestiona la validez de la Ley 30/1992 en orden a modificar el reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, con base en la reserva de ley orgánica que pesa sobre la materia. Sin embargo, desde la perspectiva que exponemos no ha existido verdaderamente modificación de las reglas de reparto jurisdiccional, sino más bien, un cambio en la regulación sustantiva de una materia que depara, a la vez, su adscripción exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con base en las reglas de reparto previamente establecidas en nuestro ordenamiento con el adecuado rango normativo.

2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL TÍTULO X DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Lo antedicho nos conduce hasta los artículos 139 y ss. LRJ-PAC, que desarrollan tanto la remisión legislativa del 106.2 CE, como la reserva competencial del 149.1.18.^a CE. Dado que esta Ley es la primera que se dicta en nuestro ordenamiento en cumplimiento del mandato normativo que impone el artículo 106.2, debe suponerse dirigida, entre otras cosas, a perfilar el concepto de «servicios públicos» que figura en el precepto constitucional.

Por otra parte, la existencia de un ámbito subjetivo preciso en la Ley 30/1992 determina la posibilidad de que la Ley excluya del concepto de administración pública a ciertos entes del sector público (los dotados de personalidad jurídica-privada). En la medida que ciertos sujetos resultan excluidos del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas, reciben la consideración de entes privados a todos los efectos. De tal manera que su actividad ya no resulta abarcada por el concepto de servicio público del artículo 106.2 CE⁶,

6. Como tuvimos ocasión de señalar en el Capítulo anterior, el común de la doctrina entiende que la fórmula del art. 106.2 CE se limita a constitucionalizar el régimen jurídico preexistente de responsabilidad administrativa extracontractual. En tal sentido, abarcaría al conjunto de actividades desempeñadas por la Administración pública.

En relación con este asunto, puede revestir interés el conocer la tramitación parlamentaria que recibió el art. 106.2 CE. En principio, ningún precepto constitucional regulaba específicamente la responsabilidad administrativa extracontractual en el Anteproyecto de Constitución. Para superar esta omisión, fueron presentadas dos enmiendas. La primera, del grupo parlamentario «Socialistas del Congreso», propuso el siguiente texto para el art. 104.2: «Los Tribunales controlarán la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasione a los ciudadanos y suplen la omisión de la actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada»; *vid. Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pg. 56.

recibiendo en cambio el tratamiento legal de un ente privado, y sujetándose a las reglas civiles de responsabilidad extracontractual. El hecho debe ser cuidadosamente resaltado, por cuanto un volumen considerable de la gestión administrativa (de los servicios públicos) viene derivándose recientemente desde las formas organizativas jurídico-públicas hacia las jurídico-privadas, lo que provoca la decadencia del criterio constitucional (jurídico-administrativo) de lesión para imponerse en su lugar un régimen civil. En conclusión, una misma actividad, desempeñada por dos sujetos diferentes (ambos del sector público), puede encontrarse regulada por regímenes jurídicos diversos, en razón a la forma jurídica del ente actuante. El tema parece alejado del objeto de nuestro estudio, pero más adelante se comprobarán las inevitables consecuencias que revierte esta circunstancia sobre el reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual.

De otro lado, en los artículos 139 y ss. LRJ-PAC se regula un procedimiento específico por el que reclamar la responsabilidad de la Administración, lo cual, como antes se apuntó, puede determinar la necesidad de que sea un concreto orden jurisdiccional el que conozca los recursos que, eventualmente, lleguen a presentarse en la materia. Sin embargo, en estos artículos no se contiene un elenco de las administraciones a las que abarca la regulación, como tampoco una somera referencia a la tipología de los entes que deben considerarse sometidos a este régimen jurídico. En el Título X de la LRJ-PAC no se establece a qué *administraciones públicas* les resulta de aplicación la regulación que contiene. El problema se reconduce entonces hacia el análisis del ámbito subjetivo general de la Ley⁷, cuestión que, por razones que se comprenderán más adelante, interesa abordar de manera sistemática y suficientemente detallada.

Asimismo, la Unión de Centro Democrático, en la enmienda núm. 779 al Anteproyecto de Constitución (*ibidem*, pg. 496), propuso la refundición de sus arts. 101, 103 y 104, recogiendo el siguiente texto acerca del tema que nos ocupa: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». En la justificación no aparece ninguna referencia a la inclusión de esta materia en la Constitución, ni tampoco al significado que debe otorgársele. El Informe de la Ponencia toma en consideración esta última enmienda, y redacta un art. 98.2 que recoge literalmente el texto propuesto por la UCD, afirmando que de este modo se aceptan asimismo las propuestas del Diputado señor Betamendía Belzunce, y del Grupo Mixto, en el sentido de incluir en el texto de la Constitución un precepto consagrado a reconocer la responsabilidad de la Administración.

En toda la tramitación ulterior el texto se mantuvo en esos mismos términos, sin que se produjeran debates sobre el alcance de su contenido sustantivo.

7. En cualquier caso, debe saberse que, según BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pg. 412, la omisión de todo deslinde subjetivo en este punto comporta la inclusión en el régimen de la responsabilidad administrativa extracontractual de

3. EL AMBITO SUBJETIVO GENERAL DE LA LEY 30/1992

La tipología institucional de las administraciones públicas es la piedra angular del Derecho administrativo contemporáneo. Es difícil abordar cualquier estudio de la disciplina sin tropezarse con esta cuestión previa o *incidental*. Cada regulación sustantiva del Derecho administrativo es susceptible de presentar un diverso ámbito de aplicación, por cuanto puede abarcar a todos, a algunos, o sólo a uno de los diferentes tipos de administraciones públicas que existen en nuestro ordenamiento. El régimen jurídico de la responsabilidad administrativa no escapa de esta problemática. Por ello, para introducirnos en el estudio del reparto jurisprudencial en la materia, es imprescindible conocer previamente a qué régimen jurídico de responsabilidad se somete cada Administración pública: este régimen comporta un primer condicionamiento o modulación del ámbito competencial de cada orden jurisdiccional en relación con la responsabilidad administrativa extracontractual.

La Ley 30/1992 tiene un concreto ámbito de aplicación, del que son excluidos una serie de entes del sector público. El artículo 2.1 de la Ley resulta bastante clásico en sus postulados, incluyendo en el concepto de Administración pública a la Administración General del Estado, a las administraciones de las comunidades autónomas y a las entidades que integran la Administración local. La principal novedad en la cuestión viene representada por el apartado 2.º del mismo artículo, en el que se aprecia un doble significado: *primero*, concebir como administraciones públicas a «las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas»; y *segundo*: incluir tales entidades en el ámbito de aplicación de la Ley «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. Conviene analizar las consecuencias que de todo ello se derivan para nuestro trabajo.

3.1. El concepto de entidades de Derecho público.

El legislador ha empleado en el artículo 2.2 LRJ-PAC un término que tiene una acepción específica en el artículo 6.1, b) LGP. Sin embargo, la finalidad del precepto no parece ser la de someter a la Ley el conjunto de la actividad de estos sujetos, sino más bien, aspectos parciales de la misma: el ejercicio de potestades administrativas. Esto introduce una tensión evidente entre la literalidad del precepto y su teleología, lo que fuerza una interpretación integradora que tome en consideración ambos criterios. En este sentido, conviene tener presente un indi-

todas las administraciones públicas, sin diferenciación de regímenes jurídicos en función del ejercicio de funciones públicas o privadas, o de cualquier otra circunstancia.

cio reflejado en el punto III de la Exposición de Motivos de la Ley, que la presume vocacionada a satisfacer «la necesidad de introducir reformas profundas en esta materia que tengan en cuenta, tanto la multiplicidad de administraciones públicas a las que la Ley va dirigida, como la necesidad de ampliar las garantías de los ciudadanos». Del mismo modo, el punto XV de la citada Exposición de Motivos afirma que mediante esta Ley «Se hace así realidad la previsión contenida en el artículo 149.1.18.⁸ de la Constitución sobre el establecimiento de un “sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”. A mi juicio, el artículo 2.2 LRJ-PAC atiende, precisamente, esa doble necesidad: su ámbito subjetivo no debe entenderse circunscrito a las concretas entidades que regula el artículo 6.1, b) LGP, sino abarcar a la «multiplicidad» de administraciones públicas ante las que resulta preciso «ampliar las garantías de los ciudadanos»⁸, de tal manera que se establezca un mismo sistema de responsabilidad de *todas* las Administraciones públicas, inclusive los entes de Derecho público.

Conjugando este dato (que comporta un efecto extensivo del ámbito de la Ley) con la expresión «de Derecho público» (que provoca el efecto contrario), debe concluirse que en el artículo 2.2 LRJ-PAC se incluyen «las organizaciones con personificación pública: las estrictamente instrumentales como los organismos autónomos administrativos, los de carácter comercial, industrial, financiero o análogos, las Entidades de Derecho Público que hayan de ajustar su actividad al Derecho privado, y el resto de entes del artículo 6.5 LGP a los que sea aplicable la relación de instrumentalidad (Entes portuarios, Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, etc.); asimismo, las denominadas administraciones independientes. (...) Deja fuera, por tanto, las sociedades de capital público»⁹. Un breve

8. En el mismo sentido se manifestó el Consejo de Estado en relación con el proyecto de Ley, lo que deparó la modificación de su art. 2 en orden a ampliar la sujeción a la Ley de las entidades de Derecho público, eliminando la frase final «en la medida que su ley de creación no disponga otra cosa»; *vid.* FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común...*, *op. cit.*, pg. 126.
9. Cfr. DE VICENTE DOMINGO, R.: *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 69 y 70. Esta misma interpretación es compartida por la más común doctrina; *vid.* COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, pg. 46; GARRIDO FALLA, F.: «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *REDA*, núm. 79, 1993, pgs. 389 y ss.; y después, con FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 64 y ss.; SAINZ MORENO, F.: «Principios y ámbito de aplicación de la LPA (en particular arts. 1 a 3)», en *Administraciones públicas y ciudadanos. Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Praxis, Barcelona, 1993, pg. 159; LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *RAP*, núm. 130, 1993, pg. 116; PAREJO ALFONSO, L.: «Objeto, ámbito de aplicación...», *op. cit.*, pg. 37 (quien, no obstante, considera excluidas del ámbito de aplicación de la Ley a las administraciones independientes, en pg. 38); FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común...*, *op. cit.*, pg. 128; COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992 ... op. cit.*

repaso de las instituciones que han adoptado esta forma de personificación nos ofrece un vasto panorama sobre el que aplicar el régimen de responsabilidad dispuesto por la Ley 30/1992¹⁰.

A ello se le debe añadir lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera de la Ley, que parece excluir de su ámbito de aplicación a las corporaciones de

pg. 8 y ALVARELLOS GALVE, C.: *Manual de procedimiento administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993, pgs. 43 y ss.

Por el contrario, MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pgs. 485 y ss., estima que el precepto abarca igualmente a las sociedades mercantiles en mano pública, en la medida que ejerzan potestades administrativas, considerando que, de lo contrario, se entregaría a la discrecionalidad de la Administración el sujetar o no a la ley el ejercicio de las potestades administrativas, mediante su atribución a sociedades mercantiles. La misma conclusión aparece implícita en la postura de GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Ámbito (subjeto y objetivo) de aplicación», en *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, pgs. 127 y ss.

En relación específica con el tema de la responsabilidad extracontractual, *vid.* el comentario de BLASCO ESTEVE, A., en *Comentario sistemático ...*, *op. cit.*, pg. 412; y asimismo GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La responsabilidad ...*, *op. cit.*, pg. 146; y MORILLO VELARDE PÉREZ, J. I.: «La huida...», *op. cit.*, pg. 1011. Para estos autores, el régimen sustantivo de responsabilidad «se aplica a todas las administraciones públicas y a la responsabilidad derivada de los órganos que no tengan este carácter que esté sujeta a Derecho administrativo». En cambio, MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 89, también con referencia expresa a la responsabilidad administrativa extracontractual, sostiene que «los entes que adoptan formas societarias de personificación y que actúan sometidos, sin más, al tráfico jurídico privado» resultan excluidos de este régimen, opiniones en las que abunda en «La responsabilidad patrimonial...» (1996), pgs. 824 y ss., donde analiza con detenimiento la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual al conjunto de entidades de Derecho público existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

10. Tomando como referencia el compendio normativo de MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pgs. 573 y ss., pueden citarse las siguientes entidades (el elenco no es exhaustivo):

A) Organismos autónomos de carácter administrativo: Insituto Nacional de Administración Pública (INAP); Centro de Estudios Judiciales; Museo del Ejército; Instituto Nacional de Estadística; Instituto Nacional de Empleo; Centro de Estudios Constitucionales; Centro de Investigaciones Sociológicas; Instituto Nacional de Consumo; Instituto de la Mujer.

B) Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo: Boletín Oficial del Estado; Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria; Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado; Correos y Telégrafos; Parque Móvil Ministerial; Centro Español de Metrología; Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

C) Entidades de Derecho público [art. 6.1, b) LGP]: Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial; Consorcio de Compensación de Seguros; Empresa Nacional de Transportes de Viajeros por Carretera (ENATCAR); Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISION); Escuela Oficial de Turismo; Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT); Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE); Instituto del Crédito Oficial (ICO); Instituto

Derecho público, inclusive en el supuesto de que ejerzan potestades administrativas¹¹; esta última consecuencia ha sido cuestionada por la doctrina, que parece propugnar el sometimiento a la LRJ-PAC de los actos de aplicación de potestades administrativas de las corporaciones de Derecho público, con diversos argumentos¹². El problema entronca con la consideración de la naturaleza jurídica

para la Diversificación y el Ahorro de Energía; Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE); Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI); Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo (SEPES); Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima. D) Entes de Derecho público (art. 6.5 LGP): Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA); Agencia Estatal para la Administración Tributaria (AEAT); Agencia Industrial del Estado (AIE); Ente Público Puertos del Estado; Autoridades Portuarias (de cada uno de los Puertos del Estado); Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA); Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT); Instituto Cervantes; Consejo de Administración del Patrimonio Nacional; Ente Público Radiotelevisión Española; Instituto Español de Comercio Exterior.

E) Administraciones independientes: Banco de España; Agencia de Protección de Datos; Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV); Universidades (cada una de ellas, siempre que sean públicas); Consejo de la Juventud; Consejo de Seguridad Nuclear.

11. En el mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones...», *op. cit.*, pgs. 97 y ss.; FERNANDO PABLO, M. M.: *La Ley común...*, *op. cit.*, pg. 130; COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992...*, *op. cit.*, pg. 11. Asimismo lo destacan (y lo reprochan) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. 2, *op. cit.*, pgs. 450 y ss.; GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pg. 63; GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Ámbito...», en *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pg. 139; TORNOS MAS, J.: «Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor», en *Administración pública y procedimiento administrativo*, Boch, Barcelona, 1994, pgs. 52 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: «Régimen jurídico de los colegios», en *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 184 y ss. y ALVARELLOS GALVE, C.: *Manual...*, *op. cit.*, pgs. 44 y ss.

En cambio, SAINZ MORENO, F.: «Principios...», *op. cit.*, pgs. 107 y ss., entiende que las corporaciones de Derecho público se encuentran incluidas en el concepto de entidades de Derecho público del art. 2.2 LRJ-PAC, planteamiento que también parecen sostener COSCULLUELA MONTANER, L.: «La posición ordinal de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperí, Madrid, 1993, pg. 40; PAREJO ALFONSO, L.: «Objeto, ámbito de aplicación...», *op. cit.*, pg. 37 y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Procedimiento administrativo común. Comentario a la Ley 39/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, EDESA, Madrid, 1993, pgs. 15 y ss.

12. En efecto, los autores citados en la nota anterior parecen sostener la necesidad de considerar integrados en el ámbito de aplicación de la Ley los actos que las corporaciones de Derecho público dicten en el desempeño de funciones públicas, aduciendo, en particular, el art. 149.1.18.^a CE, que postula un procedimiento común que garantice la igualdad de trato de los administrados ante las administraciones públicas. En todo caso, sostienen la posibilidad de mantener esta misma conclusión en tanto se dicte la normativa reguladora de tales entidades a que hace referencia la propia disposición adicional.

La inclusión de las corporaciones de Derecho público en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 concordaría con el nuevo régimen de impugnación de sus actos que prevé el

de las corporaciones de Derecho público, pues de ser calificadas como administraciones públicas, deberían regirse por el mismo régimen de responsabilidad que las restantes, en lógica aplicación del artículo 149.1.18.ª CE. Debido a la complejidad de la cuestión, hemos considerado oportuno concederle un tratamiento específico más adelante (§5 de este Capítulo).

De otro lado, el requisito de la personalidad de Derecho público excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los particulares ejercientes de funciones públicas y a los prestatarios de los servicios públicos, que aunque ejerzan potestades, no deberán hacerlo con sujeción a lo dispuesto por la LRJ-PAC. Todos ellos se rigen por su normativa específica que, eventualmente, puede remitir a la LRJ-PAC la regulación de ciertas cuestiones. Pero distinta consideración merecen, a mi juicio, los agentes de la Administración, entendidos como mandantes de la misma, a quienes se les haya atribuido el desempeño puntual de una concreta potestad administrativa que debería ser acometida por la propia Administración; resulta ejemplificativo el caso de los administradores provisionales designados en los procedimientos de intervención de empresas. Estos sujetos actúan como si se tratara de la Administración pública en el desempeño de la potestad que la misma tenga atribuida, por lo que deben respetar la Ley 30/1992 como si de la propia Administración se tratase.

3.2. El requisito de la vinculación o dependencia¹³. Inclusión de las administraciones independientes y de la Seguridad Social en el ámbito de aplicación de la Ley.

La referencia al criterio de la vinculación o dependencia de las administraciones territoriales que aparece en el artículo 2.2 LRJ-PAC ha merecido, por lo general, escasa atención. A mi juicio, debe interpretarse como una previsión extensiva, y no restrictiva, del ámbito de aplicación de la Ley, y entiendo, con

Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, el cual, en su art. 1.2, e), califica a las corporaciones de Derecho público como administraciones públicas «cuando ejerzan potestades administrativas» (*vid.* Informe de la Ponencia en BOCC, Serie A, núm. 133-7, de 3 de enero de 1996). En el mismo sentido, el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997 afirma en su art. 2, b) que corresponden a esta jurisdicción las cuestiones que se susciten en relación con «los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público, adoptados en el ejercicio de funciones administrativas».

13. El criterio de la vinculación parece haber operado ocasionalmente como parámetro de exclusión de la LPA de 1958. En este sentido, el Tribunal Supremo excluyó de su ámbito de aplicación la actividad desempeñada por ciertos órganos ajenos o extraños a la estructura organizativa de la Administración territorial, como es el caso de los jurados provinciales de expropiación; así, SSTS 10 febrero 1989 (RJ 1989, 1004) y 22 febrero 1993 (RJ 1993, 843).

DE VICENTE, que «permitiría albergar, como se ha dicho, las Administraciones independientes cuya dependencia del Gobierno o de la propia Administración territorial se debilita como medio para conseguir una mayor neutralidad en la gestión, pero sin que comporte una total desvinculación: tal ocurre con el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear o la Comisión Nacional del Mercado de Valores»¹⁴, así como las universidades, entre otros. Nótese que conforme a este criterio resultarían incluidas en la LRJ-PAC las corporaciones de Derecho público; pero la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley afirma expresamente lo contrario, según expusimos anteriormente, lo que bloquea la posibilidad de efectuar una interpretación extensiva en este aspecto.

Una consideración semejante parece merecer la Seguridad Social. Los entes integrados en el sistema de Seguridad Social gozan de una especial naturaleza jurídica, de la que resulta ilustrativa el tratamiento específico que reciben en el artículo 5 LGP, que clasifica a las entidades gestoras en una tipología institucional peculiar, que no puede enclavarse ni siquiera en el artículo 6.5 de la propia Ley. El artículo 59.1 LGSS-A afirma expresamente que las entidades gestoras tienen la *naturaleza de entidades de Derecho público*. Al propio tiempo, la doctrina ha destacado que se encuentran en relación de vinculación o dependencia con las administraciones públicas, que ejercen facultades de tutela y nombran y remueven a sus directivos¹⁵. Por ello, aunque el párrafo segundo del artículo 59 LGSS-A excluye expresamente la aplicación (incluso supletoria) de la Ley de Entidades Estatales

14. Cfr. DE VICENTE DOMINGO, R.: *Los entes...*, *op. cit.*, pg. 71. Por el contrario, MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas...*, *op. cit.*, pgs. 486 y ss., identifica el criterio de la vinculación o dependencia con el concepto de sociedades vinculadas manejado por el Derecho mercantil, así como con el del «empresas vinculadas» que figura en el art. 134 LCAP. Por su parte, PAREJO ALFONSO, L.: «Objeto...», *op. cit.*, pg. 38, considera que las administraciones independientes quedan excluidas del ámbito de la Ley.
15. Según PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho público de la Seguridad Social*, Ariel, Barcelona, 1993, pg. 164: «Los entes personificados, así creados, se relacionan con la Administración a través del ejercicio por ésta de facultades de tutela en virtud de las cuales pueden dictarse las directrices, marcarse los objetivos y, en general, supervisar y controlar la actuación de los entes personificados, contando para ello con un instrumento esencial cual es la posibilidad de sustituir libremente a las personas que dirigen los entes personificados (...). De esta forma y como primera conclusión, podríamos convenir en que las normas de Seguridad Social son aplicadas por unos entes personificados cuya consideración pública resulta evidente». Las relaciones de vinculación y dependencia también son puestas de relieve por DEL VAL DE LA FUENTE, E.: *Lecciones de Seguridad Social*, vol. 2, CEF, Madrid, 1991, pg. 35-4, quien asimismo toma en consideración la naturaleza jurídico-pública de las entidades integradas en el sistema nacional de salud; en el mismo sentido, *vid.* AA VV: *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pgs. 129 y ss.; ALONSO OLEA, M. y TORTLERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1988, pgs. 341 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1989, pgs. 80 y ss. y AA VV: *Lecciones de Seguridad Social*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1990, pg. 111.

Autónomas a las entidades gestoras de la Seguridad Social, ello no obsta a su naturaleza jurídica de administraciones públicas, que es proclamada unánimemente por la doctrina académica¹⁶, y que se percibe aún más claramente tras la aprobación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)¹⁷.

De aquí derivan dos conclusiones: 1.^a) Que las entidades integradas en el sistema de Seguridad Social son entidades de Derecho público; y 2.^a) Que se encuentran en una relación de vinculación o dependencia con las administraciones públicas. Ambos argumentos, entrelazados, suponen su inclusión en el artículo 2.2 LRJ-PAC¹⁸. Consiguientemente, aunque existan procedimientos específicos en materia de Seguridad Social que no se encuentran sometidos a la Ley 30/1992, parece evidente que las instituciones integradas en la Seguridad Social, en tanto que administraciones públicas o entidades de Derecho público depen-

16. Vid. ORDEIG FOS, J. M.: *El sistema español de Seguridad Social*, CEF, Madrid, 1989, pgs. 91 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pgs. 1212 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Régimen...*, *op. cit.*, pg. 121; GARRIDO FALLA, F.: «La administrativización de la gestión de la Seguridad Social (con una alusión al Estado de bienestar)», *RAP*, núm. 140, 1996, pgs. 17 y ss.; APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989, pgs. 207 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 161 y ss. y MARTÍN REBOLLO, L.: «Nuevos planteamientos...», *op. cit.*, pg. 2817.

El mismo planteamiento subyace en los trabajos de FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, pgs. 79 y ss.; PEMÁN GAVIN, J.: *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pgs. 211 y ss. y ALVAREZ NEBREA, C.: *Administración sanitaria y sistemas de salud*, Síntesis, Madrid, 1994, pg. 82. En cambio, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, *op. cit.*, pg. 344, se limitan a calificar las entidades gestoras como «entidades estatales autónomas, gestoras de la Seguridad Social».

17. Disposición Adicional Sexta de la LOFAGE afirma que: «a las Entidades gestoras y a la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los Organismos autónomos», lo que resalta la consideración de administraciones públicas que estas instituciones merecen.

18. «Tanto el conjunto orgánico público que integra el Sistema Nacional de Salud —en el que hay que incluir la eventual actividad municipal en este campo— como las entidades privadas que gestionan este servicio por vía de vinculación o concierto constituyen a los efectos de la LRJ-PAC, Administración Pública, bien por expresa mención de la LRJ-PAC, Administraciones Territoriales, bien por la vinculación o dependencia de estas entidades respecto de estas Administraciones en la gestión de un servicio público»; cfr. RIVERO YSERN, J. L.: «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», en *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pg. 94. En el mismo sentido, vid. NOGUERA DE LA MUELA, B.: «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, núm. 88, 1995, pg. 604.

dientes o vinculadas a las mismas, se encuentran sometidas al régimen general que para todas ellas establecen los artículos 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. LA UNIFICACION DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACION COMO DIRECTRIZ DEL REPARTO DE JURISDICCION EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION

4.1. El artículo 146.2 LRJ-PAC y la unificación del procedimiento de reclamación de responsabilidad extracontractual de la Administración.

El artículo 142.6 LRJ-PAC dispone: «la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa». Al someter a un mismo procedimiento administrativo la acción de responsabilidad, tanto en relaciones de Derecho público como privado, y concluir dicho procedimiento único mediante un acto administrativo, residenciable ante la jurisdicción contenciosa, *este precepto determina la unificación de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración en beneficio del orden contencioso-administrativo.*

Esta interpretación es prácticamente unánime en la doctrina académica administrativista¹⁹ y procesal²⁰, y también es compartida por el Defensor

19. Vid. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pgs. 86 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 135 y 415 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 427; COBO OLIVERA, T.: *Ley 30/1992...*, *op. cit.*, pgs. 725 y 730; BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pg. 440; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pgs. 402 y ss.; TORRENT I RIBERT, P. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Fundación Mapfre e Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 1995, pgs. 87 y ss.; NAVARRO MUÑUERA, A. E.: «La regulación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, pg. 539; BOCANEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pgs. 236 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho administrativo*, vol. 1, *op. cit.*, pg. 699; LLISSET BORRELL, F. y otros: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pgs. 363 y 403 y ss.; FUERTES SUÁREZ, J. L.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 815; GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 1004; LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, CGPJ, Madrid, 1994, pg. 20; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: «La huida...», *op. cit.*, pg. 1010; MESTRE DELGADO, J. F.: «Crónica...», *op. cit.*, pg. 351 y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A.: *Régimen jurídico de la actividad de los entes locales*, Alhara, Granada, 1993, pg. 104.

20. Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Curso de Derecho procesal administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia,

del Pueblo²¹, por algunos pronunciamientos del orden jurisdiccional civil²², por la Sala de Conflictos de Competencia²³, y por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción²⁴.

Sin embargo, esta postura encuentra oposición en ciertos pronunciamientos judiciales de los órdenes jurisdiccionales civil y social que, por razones sistemáticas, serán analizados en profundidad más adelante (Capítulo III). Asimismo, un sector doctrinal (cuyos componentes suelen enmarcarse en el ámbito civilista) ha afirmado que la Ley 30/1992 no unifica la jurisdicción competente, sino tan sólo el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad, por lo que en adelante no será procedente la interposición de reclamaciones administrativas previas a la vía jurisdiccional civil, debiendo sustanciarse en todo caso el procedimiento de responsabilidad de los artículos 142 LRJ-PAC y concordantes, cuya resolución abriría el acceso a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, según los casos²⁵.

1994, pg. 75 y ESCUSOL BARRA, E.: «Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en *Derecho procesal administrativo*, Tecnos, Madrid, 1995, pgs. 210 y ss.

21. Vid. *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1994*, t. I, vol. 1, Cortes Generales, Madrid, 1995, pgs. 451 y ss. La cuestión de fondo versa sobre prestación deficiente de asistencia sanitaria, entendiéndose el Defensor que el modo de exigirla viene representado por los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, destacando, en particular, el hecho de que el procedimiento a seguir es el previsto por los arts. 142.3 y 145.2 LRJ-PAC, así como por el RD 429/1993.
22. Aunque todavía no se manejan pronunciamientos del Tribunal Supremo en la cuestión, cabe citar la STSJ de Navarra de 6 mayo 1996 (RJ 1996, 4258), en la que puede leerse: «La Ley 30/1992 (...), establece un sistema unitario y legal de responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el tipo de relación pública o privada de que se derive (art. 142.6), regulándose un único procedimiento administrativo en el RD 429/1993, de 26 marzo».
23. Como se desprende de sus Autos de 7 julio 1994 (RJ 1994, 7998); 27 octubre 1994 (RJ 1994, 10587) y 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9782 y 9783) (dos asuntos idénticos resueltos un mismo día). En el primero de ellos puede leerse: «La Ley 30/1992, efectivamente, ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional (...) 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».
24. En relación con la exclusión de competencia del orden jurisdiccional civil, vid. su Sentencia de 21 diciembre 1995 (RJ 1995, 9776) y en sentido genérico, vid. la de 4 de junio de 1996 (RJ 1996, 4975), en la que se reproduce expresamente la frase citada en la nota anterior, incluida en el Auto de 7 de julio de 1994 de la Sala de Conflictos.
25. Vid. MORALES & SANCIO: *Manual práctico de responsabilidad civil*, op. cit., pgs. 188 y ss.; MORENO CARRILLO, J.: «Situación actual...», op. cit., pg. 7758; LASARTE ALVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, op. cit., pg. 385; FERRERA CONTRERAS, P. L.: «De la responsabilidad de las administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», en *Estudios*

Los principales argumentos manejados para desembocar en esta opinión son los siguientes (junto a cada uno de ellos reflejamos el epígrafe de este trabajo en el que recogeremos o hemos recogido ya la correspondiente contestación):

1.º La actuación de la Administración pública territorial en relaciones de Derecho privado no aparece incluida en el concepto de «servicios públicos» que figura en la LRJ-PAC, por lo que se encuentra regulada en todos sus extremos (inclusive la jurisdicción competente) por el Derecho civil (§4.2 de este Capítulo).

2.º Los entes institucionales, que actúan en el tráfico jurídico con personalidad jurídico-privada, siguen vinculados a lo dispuesto por la LEEA, sin que se encuentren sometidos a la Ley 30/1992 cuando no ejerzan potestades administrativas; por consiguiente, corresponde al orden civil conocer de las demandas de indemnización dirigidas contra tales entes por los daños derivados de su actividad jurídico-privada (§5 de este Capítulo).

3.º La *vis atractiva* del orden civil le atribuye competencia cuando el asunto no corresponda expresamente a otra jurisdicción (§4.3 de este Capítulo y §1.5 del Capítulo III).

4.º La continencia de la causa, que impide la división del pleito cuando se demanda conjuntamente a la Administración pública y a un particular corresponsable del daño (*ibidem*).

y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vol. 2, Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993, pgs. 106 y ss.; ABAJO QUINTANA, J. J.: «Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: tramitación parlamentaria», en la misma obra, pg. 327; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración», *La Ley*, núm. 3372, 1993; OLIVER LÓPEZ, C.: «El nuevo régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», *La Ley*, núm. 3385/1993 y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pg. 451.

Por el contrario, otro grupo de autores civilistas, en consonancia con la doctrina administrativista y con alguna jurisprudencia menor recaída en el ámbito civil, sostiene que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para conocer las pretensiones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra la Administración; *vid.* CASTÁN TOBENAS, J. y otros: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 986; ROCA I TRIÁS, E.: «Derecho de daños», *op. cit.*, pg. 506; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 834; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 34; CABALLERO GEA, J. A.: *Las responsabilidades...*, *op. cit.*, pgs. 400 y ss.; URIARTE RICOYE, M.: «Comentario...», *op. cit.*, pgs. 500 y ss. y BARCELÓ DOMENECH, J.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 1995», *CCJC*, núm. 40, 1996, pg. 232.

5.º La Ley 30/1992 no ha unificado la jurisdicción competente, sino tan sólo el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad extracontractual, que puede habilitar el acceso tanto al orden civil, como al contencioso-administrativo, en función del ámbito competencial de cada uno de ellos (todo el §4 de este Capítulo).

6.º La Ley 30/1992, y su reglamento de desarrollo en materia de responsabilidad extracontractual, no ostentan la naturaleza jurídica oportuna (de ley orgánica) en orden a modificar el reparto de jurisdicción establecido por la LOPJ (§4.3 de este Capítulo).

7.º La actuación de la Administración en vía de hecho la sitúa en la misma posición que un particular, habilitando la competencia del orden civil (§1.2 del Capítulo III).

8.º La equidad o la justicia material, que habilitan a los jueces civiles a conocer y resolver las demandas a pesar de que se confiesen incompetentes para ello (§1.3 del Capítulo III).

9.º En materia de malpraxis sanitaria, la responsabilidad del Estado derivada de la asistencia médica en centros públicos corresponde al orden social (§3 del Capítulo III).

Ciertamente, la Ley 30/1992 ofrece un pobre argumento para sobreponerse a todos los anteriores, por cuanto se apoya únicamente sobre la idea directriz de unificar el procedimiento administrativo de reclamación, para reposar en ella la competencia jurisdiccional exclusiva del orden contencioso-administrativo²⁶. El peso de los antecedentes judiciales no parece haber sido suficientemente ponderado por el legislador, quien, además de no consignar literalmente en la Ley la unificación jurisdiccional, incurre en otras impericias, como la de servirse nuevamente de la expresión «servicios públicos», anómala en el contexto de la responsabilidad administrativa extracontractual, para delimitar su ámbito sustantivo. Aún es pronto para conocer la actitud definitiva que exhibirá la jurisprudencia civil ante la nueva legislación, pero los primeros pronunciamientos recaídos al respecto, que serán analizados en el próximo Capítulo, confirman la impresión de que el reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa extracontractual seguirá inmerso en grandes contradicciones, y presentará líneas jurisprudenciales claramente enfrentadas tanto entre los dis-

26. Lo destacan (y lo lamentan) GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pgs. 379 y ss.; GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 1005 y LISET BORRELL, F. y otros: *Régimen jurídico...*, *op. loc. ult. cit.*

tintos órdenes implicados (el civil, el social, y el contencioso-administrativo), como en el seno de cada uno de ellos.

Interesa recordar que gran parte de los equívocos que en éste y otros sentidos deparará la aplicación de la Ley 30/1992 se deben a la oscuridad de sus preceptos, a la falta de correspondencia entre la finalidad que se confiesa en su Exposición de Motivos y la redacción que finalmente recibe el articulado: a pesar de su pretensión de unificar el reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual, ningún artículo de la Ley lo afirma claramente, habiéndose preferido desembocar en esa consecuencia mediante un mecanismo indirecto, cual es el de establecer un solo procedimiento de responsabilidad, a través del que se aspira a canalizar todas las reclamaciones por daños contra la Administración. Si el legislador hubiese reflejado claramente en el texto la unificación jurisdiccional, no habría lugar a dudas de interpretación con base en tales lagunas y omisiones; pero desde el momento en que el Título X no resulta explícito en este punto, era previsible que se plantearían dudas interpretativas y disparidades de criterio, como viene sucediendo hasta ahora, y como probablemente sucederá en el futuro.

4.2. Las relaciones de Derecho público y privado: el artículo 144 LRJ-PAC y su conexión con la unificación del procedimiento de reclamación.

Según el artículo 144 LRJ-PAC²⁷, «Cuando las administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda». Este precepto debe conectarse con el artículo 142.6 LRJ-PAC, en cuya virtud, «La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa». La referencia a la «relación pública o privada» que recoge este último parece inútil, pues no añade nada nuevo a lo que en este mismo sentido ya se desprende directamente del artículo 144.

En mi opinión, la existencia del artículo 144 LRJ-PAC trae causa del artículo 41 LRJAE, con el que guarda un evidente paralelismo de redacción. Este último

27. En relación con este artículo se ha afirmado: «Parece mentira que, en materia que tanto ha preocupado a la doctrina, todo se haya despachado con el ininteligible art. 144 que, como se verá, crea más problemas que resuelve»; cfr. GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PAS-TRANA, J. M.: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pg. 379, apreciación con la que concuerdo plenamente.

articulaba el reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración en función de que ésta actuase en relaciones de Derecho público o privado. Lo que realmente pretende la LRJ-PAC mediante el artículo 144 es instaurar la regla contraria, esto es, declarar que *toda responsabilidad extracontractual* de la Administración habrá de exigirse en adelante conforme a un mismo procedimiento, cuya resolución abre la vía contencioso-administrativa, con independencia de la relación jurídica en que se hubiera generado el daño. Pero en lugar de emplear esa fórmula exacta y concreta (toda responsabilidad extracontractual), se sirve de un circunloquio que empeora considerablemente la claridad del texto, y permite de este modo alterar su significado²⁸.

El régimen sustantivo aplicable a la responsabilidad de la Administración, a mi juicio, es siempre el mismo, no sólo porque así lo haya dispuesto la LRJ-PAC, sino como consecuencia de la interpretación evolutiva que ha generado la jurisprudencia contencioso-administrativa en la materia, cuestión que fue analizada y comentada a lo largo del Capítulo I (especialmente, §1.3). De acuerdo con esos antecedentes, la Ley 30/1992, al unificar el procedimiento de exigencia de responsabilidad, culmina la evolución normativa en la materia, instaurando un sistema monista de reparto conforme al que tan sólo resulta competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quien aplicará siempre el mismo Derecho sustantivo²⁹. Ello se corresponde con un criterio funcional del reparto de jurisdicción, expresivo de la peculiaridad jurídica de la responsabilidad administrativa extracontractual, que recomienda su adscripción al orden jurisdiccional especializado en el conocimiento de la materia.

28. Nótese que el Capítulo I del Título X LRJ-PAC se rotula «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública», siendo así que, como se sabe, la «responsabilidad patrimonial» comprende tanto la contractual como la extracontractual o aquiliana. Aplicando literalmente el art. 144 de la Ley, los Tribunales contencioso-administrativos podrían considerarse competentes para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de relaciones contractuales de Derecho privado entabladas por la Administración con terceros. Esta consecuencia, aparentemente absurda, sería perfectamente legítima, interpretando la Ley conforme al criterio sintáctico. Cabe esperar que la aplicación judicial del precepto no depare este resultado, atendiendo a la teleología de la normación, que cabalmente debe circunscribirse a la responsabilidad patrimonial extracontractual.

29. Abundando en estas consideraciones debe recordarse que la doctrina académica postulaba la unificación de la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración debido a la dificultad de deslindar claramente cuándo el hecho lesivo era representativo de una actuación sujeta a Derecho público y cuándo a Derecho privado. Una vez producida la unificación jurisdiccional, entrañaría idéntica dificultad el establecer esa misma distinción a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable (responsabilidad objetiva o civil común), lo que parece reforzar la opinión de que en la actualidad, no sólo se ha unificado la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos, sino asimismo el régimen jurídico sustantivo de la materia.

Tanto de lo tratado en el Capítulo I, como de lo analizado ahora en relación con los artículos 144 y 142.6 LRJ-PAC, se desprende que el sometimiento de la Administración al régimen civil de responsabilidad extracontractual sólo podría venir provocado actualmente por la transformación de la persona de Derecho público (Administración pública), en sociedad mercantil (concebida actualmente como sujeto privado en manos de la Administración, lo que, según la doctrina mayoritaria, le excluye de la aplicación de los principios constitucionales y de la Ley 30/1992); pero en tanto que la forma de personificación sea jurídico-pública, el régimen sustantivo de la responsabilidad será homogéneo y de Derecho público.

4.3. Consecuencias jurídico-procesales derivadas de la unificación del procedimiento de reclamación de responsabilidad administrativa extracontractual.

El reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa extracontractual ha conocido una evolución histórica cuyos antecedentes más inmediatos expusimos a todo lo largo del Capítulo I³⁰. En este momento nos interesa conocer cuál es el régimen vigente, sobre todo a raíz de la unificación del procedimiento de responsabilidad que lleva a término la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En primer lugar, debe señalarse en virtud de qué concreto mecanismo ha recuperado la jurisdicción contencioso-administrativa el monopolio jurisdiccional en la materia. Se trata del artículo 1 LJCA³¹, que atribuye a este orden juris-

30. Para conocer otros aspectos de la evolución histórica en la materia, *vid.*, entre otros, CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pgs. 229 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 21 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pgs. 14 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 172 y ss.; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, pgs. 7 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 133 y ss.

31. Sobre este precepto, *vid.*, principalmente: GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, pgs. 89 y ss.; *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*, Civitas, Madrid, 1992, pgs. 65 y ss.; PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1993, pgs. 23 y ss.; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1990, pgs. 17 y ss.; GARBÉRÍ LLOBREGAT, J.: «La jurisdicción», en *Derecho procesal administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pgs. 121 y ss. y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: «El proceso contencioso-administrativo», en *Derecho procesal administrativo*, Tecnos, Madrid, 1995, pgs. 316 y ss. y 346 y ss.

diccional el conocimiento de «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo»: al unificarse el procedimiento de reclamación, que culmina en un acto administrativo, y resultar este acto residenciable ante la jurisdicción contenciosa, se ha unificado la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa extracontractual³². Por ello, como acertadamente se ha señalado, no es preciso afirmar que se haya provocado la «reviviscencia» del artículo 3, c) LJCA³³, pues la unificación jurisdiccional deriva directamente del artículo 1 del propio cuerpo legal, sin que se haya producido modificación alguna de las normas jurídico-procesales que establecen el reparto de jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, y en relación con la posibilidad de que la Ley 30/1992 altere el reparto competencial de los distintos órdenes jurisdiccionales, hemos de reiterar aquí las apreciaciones que hemos realizado en otros puntos anteriores de este trabajo. En primer lugar, tuvimos ocasión de exponer en la Introducción las reglas que determinan el reparto de jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico, resaltando que la reserva establecida por la Constitución Española en la materia se ha visto satisfecha por la LOPJ, cuyas previsiones pueden verse completadas por otras normas de distinta naturaleza; su artículo 9.4 establece que los Tribunales «del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo». Y en consonancia con él, la LJCA, norma procesal jurídico-administrativa por excelencia, dispone en su artículo 1.º que corresponde a esta jurisdicción conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo». Ambos textos remiten a las normas sustantivas la determinación de aquellos actos que deben quedar sujetos al Derecho administrativo, sin que nunca se haya discutido la constitucionalidad de esta remisión implícita que se acoge en los preceptos citados. En tal sentido, los artículos 142.6 y 144 LRJ-PAC sujetan al procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad administrativa extracontractual todas las reclamaciones de indemnización dirigidas contra las administraciones públicas. El acto por el que se pone fin al procedimiento es un acto administrativo, dictado por las administraciones públicas con sujeción al Derecho administrativo, pues como sabemos, el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa extracontractual es específico, y distinto del civil. En consecuencia, resulta competente para conocer de su eventual impugnación la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo intachable, a mi modo de ver, el modo en que la Ley llega hasta este resultado.

32. En ello concuerdan los autores citados en la primera cita recogida en el §4.1 de este Capítulo.

33. Vid. LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: *Reflexiones...*, *op. loc. ult. cit.*

El segundo argumento que habíamos anticipado con anterioridad en relación con este mismo asunto aparece en el §3.5 del Capítulo I. Consiste en recordar que operaciones semejantes a la reflejada por la Ley 30/1992 en el tema que nos ocupa han sido acometidas asimismo por otras leyes sustantivas jurídico-administrativas sin que se discuta su constitucionalidad. Así, la nueva legislación relativa a los contratos administrativos resulta de aplicación a un volumen de supuestos más amplio que el anterior. Todos estos contratos pasarán a ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, en aplicación de los artículos 7.2, 8, d), y 9.2 LCAP, que amplían lo prevenido por el artículo 3, a) LJCA, sin que ello pueda considerarse como una alteración de las reglas que determinan el reparto competencial en la materia. Antes al contrario, tanto la LCAP, como la LRJ-PAC, lo que hacen, efectivamente, es respetar esas reglas, por cuanto las normas procesales atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa el enjuiciamiento de los actos sometidos al Derecho administrativo, de manera que *al variar el Derecho sustantivo puede variar correlativamente la extensión competencial de los órdenes jurisdiccionales, sin que ello comporte en absoluto la modificación de las reglas que determinan el reparto de jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico, que es, verdaderamente, lo que se encuentra reservado a la ley orgánica*³⁴. Máxime, cuando ningún precepto jurídico-positivo asigna expresamente al orden civil la materia «responsabilidad extracontractual». Por tanto, si un precepto jurídico-positivo atribuye parcelas de esa materia a otro orden jurisdiccional diferente, no puede decirse, en mi opinión, que se contradiga norma procesal alguna; sino antes al contrario, que se esclarece con precisión cuál es el reparto resultante en aplicación de los criterios que al efecto establecen las normas procesales. De otro lado, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que se analiza en el Capítulo V, §3), atiende definitivamente el problema, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 9.4. LOPJ, en el que se atribuye expresamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia exclusiva en la materia. También resulta coherente

34. En el mismo sentido, cada vez que se varía el ámbito prestacional de la Seguridad Social, incluyendo nuevas coberturas, se amplía correlativamente el ámbito competencial de la jurisdicción laboral, en aplicación lógica y constitucional de la LPL. Igualmente, cada vez que una Administración pública crea una empresa privada que acometa alguna de las funciones que tiene atribuidas la propia Administración, se amplía correlativamente la competencia del orden civil, sin que se haya puesto reparo jurídico-procesal alguno a que ello suceda; precisamente, y como de sobra se sabe, una de las principales críticas que se elevan por la doctrina administrativista en este caso se cifra en recordar que el control de los actos del nuevo sujeto jurídico se atribuye a un orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo: se describe la realidad tal como es, y al propio tiempo se critican sus consecuencias; pero sin pretender sobreponerse al hecho con argumentos de dudosa operatividad, como el de afirmar que mediante la transformación de la persona de Derecho público en persona de Derecho privado se vulnera la reserva de ley orgánica relativa al reparto de jurisdicción, y que por consiguiente la regulación efectuada es inválida.

cuanto se afirma con la delegación legislativa que el artículo 106.2 CE efectúa en orden a determinar el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa extracontractual, como se resaltó en el §1 de este Capítulo.

Ello nos permite enlazar con un tercer argumento, expuesto en el Capítulo I, §3.3. Se trata de la especificidad que caracteriza a la responsabilidad administrativa extracontractual frente a la civil. Al ser distinta la materia, en todos los extremos relativos a la responsabilidad extracontractual de la Administración (ya actúe en relaciones de Derecho público o privado), se comprende que el conocimiento jurisdiccional de estos asuntos se atribuya al orden contencioso-administrativo, que es el especializado para ello conforme al artículo 9.4 LOPJ. Más concretamente, debe recordarse que la jurisdicción por razón de la materia es improrrogable, como ya se puso de relieve en el punto e) de la Introducción de este trabajo. Quiere decirse con esto que, siendo la materia específica, acudir a la LOPJ como criterio determinante del reparto de jurisdicción en nuestro Derecho, en lugar de promover la competencia del orden civil, lo que hace en realidad es reforzar la del orden contencioso-administrativo, pues *al ser distinta la materia administrativa de la civil, y encontrándose la primera adscrita al ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, no podrá conocer de ella la jurisdicción civil*³⁵.

35. Así lo sostuvo tempranamente, con referencia expresa a la responsabilidad administrativa extracontractual, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Responsabilidad patrimonial...» (1973), *op. cit.*, pg. 560: «Allí donde se aplique el Derecho administrativo, allí donde exista un acto administrativo, los conflictos que surjan deberán decidirse por el juez administrativo»; «La jurisdicción es improrrogable. Incluso la jurisdicción civil. Mientras que la competencia es normalmente prorrogable, la regla en materia de jurisdicción la representa la improrrogabilidad» (*Ibidem*, pg. 573); *vid.* asimismo, del propio autor, «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Jurisdicción competente», *REDA*, núm. 11, 1976, pg. 716.

En idéntico sentido se pronuncian, en relación específica con la *vis atractiva* del orden civil, MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pg. 103; y MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 66, para quien, «Si desde el punto de vista sustantivo la “solución” mencionada de admitir la competencia de la jurisdicción civil cuando se piensa que han coparticipado en el daño personas de distinta naturaleza es contraria a los datos normativos, no lo es menos desde el plano procesal, porque también se contraría el art. 154.2 LECiv y porque se pueden producir abusos, como ha demostrado F. PANTALEÓN, mediante el artificio de demandar a particulares junto con la Administración para que conozcan los Tribunales civiles».

Y en efecto, también F. PANTALEÓN PRIETO concuerda con estos mismos planteamientos, como expuso en *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 105. El autor insiste repetidamente en este mismo argumento a lo largo del análisis casuístico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que emprende en las pgs. 112 y ss. de la misma obra. Sobre el particular también pueden verse los comentarios del propio autor en *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pg. 23. Por ello mismo, el argumento de la *vis atractiva*, o cualesquiera otros, no resultan de aplicación cuando las acciones a acumular corresponden a jurisdicciones distintas, como sostiene

De otro lado, también se ha cuestionado la validez de la Disposición Adicional del RD 429/1993, en la medida que afirma expresamente la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones de responsabilidad extracontractual de la Administración, sin que puedan conocer de la materia los órdenes civil y social³⁶. Esta valoración también se había efectuado en su día en relación con el artículo 134 RCE, mereciendo entonces la misma respuesta que debe ofrecerse ahora³⁷: el RD 429/1993 no innova el ordenamiento jurídico, limitándose a recordar lo que de suyo se desprende de la Ley 30/1992; y siendo válida la Ley, también lo será su reglamento ejecutivo, que se ciñe a lo dispuesto directamente por ella³⁸.

5. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

La Ley 30/1992 no establece un ámbito específico de aplicación para su Título X. Al no contener previsión expresa en sede de responsabilidad, la deter-

nen, en relación específicamente con la responsabilidad administrativa extracontractual, IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción competente...», *op. cit.*, pg. 426; BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, P.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 738; VÁZQUEZ GARCÍA, A.: «El conflicto...», *op. cit.*, pg. 156; GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 1004 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencia entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materias de Seguridad Social», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 39, Madrid, 1993, pg. 282.

36. SAP Toledo 7 mayo 1996 (ED 1996, 1615): «La disposición adicional del RD 429/1993 es norma reglamentaria *ultra vires*, que no puede alterar el orden legal de la jurisdicción, viniendo atribuido al orden civil el reconocimiento de la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, por hechos como los que se enjuician, en el art. 9.2 LOPJ».

37. «¿Acaso un precepto de carácter meramente reglamentario puede determinar cuestiones tan importantes como la jurisdicción competente y el régimen jurídico de la responsabilidad de los contratistas de obras públicas, modificando las soluciones anteriores fundadas en normas de carácter legal (p. ej. art. 51 LECiv)? Pero la objeción se desvanece ante el argumento siguiente: *El artículo 134 RCE no hace sino dejar claro lo que ya debería estarlo desde la entrada en vigor de la LEF*. Porque si, como hemos visto ya, la expresión “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” del art. 121.1 de dicha Ley ha de entenderse que abarca todo el “giro o tráfico” de la Administración y, por consiguiente, también su actividad técnica consistente en la realización con sus propios medios de obras públicas, parece evidente que el régimen establecido en materia de responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos en los arts. 121.2 y 123 LEF era también aplicable a los contratistas de obras públicas»; cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pg. 66.

38. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «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. 143 y ss., para quien la

minación del ámbito subjetivo en la materia deriva hacia el artículo 2 LRJ-PAC. Y el apartado segundo de este artículo formula una clara diferenciación de regímenes jurídicos en función de que la entidad de Derecho público actúe en ejercicio de potestades administrativas o desprovista de ellas. Cabe interpretar razonablemente que la Ley 30/1992 postula la pervivencia de una dualidad sustantiva y procesal en materia de responsabilidad de los entes de Derecho público, los cuales se encontrarían sometidos al régimen dispuesto por la Ley cuando generasen daños en ejercicio de potestades administrativas, y por el contrario se regirían por las normas generales del Código Civil cuando actuasen en relaciones de Derecho privado.

En cierto sentido, ello equivaldría a la pervivencia del sistema dualista de reparto imperante durante la vigencia del artículo 41 LRJAE, circunscribiendo ahora su operatividad a las entidades de Derecho público, y con un criterio distintivo basado en el ejercicio de potestades administrativas (expresión que vendría a sustituir la anterior referencia a la «relación de Derecho público o privado»). De hecho, tras la aprobación de la Ley 30/1992, algunos autores han sostenido que, debido a la pervivencia de los artículos 77 y 78 LEEA, cuando tales entidades no ejercen funciones públicas se someten al régimen común de responsabilidad, y la exigencia de tales daños debe sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria³⁹; un problema interpretativo que no resuelve la LOFAGE⁴⁰. En

atribución competencial corresponde al orden contencioso-administrativo en virtud de la Ley 30/1992, limitándose el reglamento a esclarecer lo que de suyo se desprende de la Ley. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T., en el artículo publicado con el mismo rötulo y en la misma obra, pg. 152; y en las mismas circunstancias, VÁZQUEZ GARCÍA, A., pg. 158. *Vid.*, igualmente, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pgs. 36 y ss.

39. *Vid.* MORENO CARRILLO, J.: «Situación actual...», *op. cit.*, pg. 7758. El art. 78.1 LEEA fue interpretado en dos sentidos diferentes. Conforme al primero de ellos, claramente mayoritario, este precepto comportaba un régimen de dualidad jurisdiccional en relación con la responsabilidad extracontractual de los organismos autónomos, régimen comparable al que dispuso previamente la LRJAE en relación con la Administración General del Estado; *vid.* CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La quiebra...», *op. cit.*, pgs. 237 y ss.; MARTÍN-RETTORTILLO BAQUER, L.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 290 (en nota 56); MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pgs. 159 y ss. y PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 53 y ss. Los propios autores señalan la excepción a la dualidad jurisdiccional que debería manifestarse cuando el organismo en cuestión fuera concesionario de servicios públicos, pues en tales casos resultarían de aplicación directa los arts. 121 y ss. LEF.

En cambio, para GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual...*, *op. cit.*, pg. 92, el art. 41 LRJAE resultaba referible en exclusiva a la Administración del Estado, sin que operase en relación con las restantes administraciones públicas, para las que existiría unidad de jurisdicción en la materia, conforme al art. 3, b) LJCA.

40. Su Disposición Derogatoria deroga la LEEA; pero el nuevo texto no aclara el régimen de la responsabilidad extracontractual de las administraciones institucionales. En relación con

otras palabras, la LRJ-PAC habría implantado el sistema monista sólo en relación con las administraciones territoriales, excluyendo de este régimen a las entidades de Derecho público, en las que seguiría existiendo un sistema dualista distintivo entre responsabilidad extracontractual derivada del ejercicio de potestades administrativas, y responsabilidad extracontractual en el resto de relaciones jurídicas entabladas por la Administración.

La delimitación efectuada por la Ley resultaría entonces de gran complejidad. En primer lugar, por razones dogmáticas, dada la relativa precisión del concepto de potestad administrativa, escasamente perfilado hasta hoy⁴¹. En se-

lor organismos autónomos, el art. 45 de la Ley señala que se rigen en el conjunto de sus atribuciones por el Derecho administrativo, lo que parece resolver las dudas interpretativas existentes en este punto, y afirmar que tales organismos se someten en todo caso al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual. Y en relación con las entidades públicas empresariales, el art. 53.2 de la Ley dispone que se rigen por el Derecho privado, salvo en concretas materias, como «el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas». Por tanto, en ambos casos la solución definitiva del problema se reconduce verdaderamente a la interpretación del art. 2.2 LRJ-PAC.

41. Sobre el concepto de potestad administrativa, *vid.* especialmente ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ed. Europa-América, Buenos Aires, 1964, pgs. 297 y ss.; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 341 y ss.; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Potestad administrativa», en *EJB*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 4954 y ss.; VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes de Derecho administrativo*, vol. 1, UNED, Madrid, 1974, pgs. 159 y ss.; SUNÉ LLINÁS, E.: *La potestad, con especial referencia al Derecho administrativo*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1988; del mismo autor, «Sobre el concepto de potestad», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pgs. 1343 y ss. y SANTAMARÍA PASTOR, A.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pgs. 879 y ss.

Algunos autores, como GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. II, *op. cit.*, pgs. 448 y ss., analizan la posibilidad de que el concepto de potestad administrativa reflejado en la Ley pueda tener un alcance restringido a las potestades «coactivas», considerando incluidas entre estas últimas las sancionadoras o tributarias. Rechazan, no obstante, esta interpretación, por considerar que el conjunto de entes públicos se encuentra vinculado por principios constitucionales (legalidad, objetividad, etc.), que determinan la necesidad de someter al ámbito de aplicación de la LRJ-PAC el conjunto de potestades administrativas.

En el mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones...», *op. cit.*, pg. 117, afirma que «si la identificación de las potestades administrativas se limita a las actuaciones de poder público dotadas de prerrogativas, imponiendo para ellas la regla del régimen administrativo aplicado por una Administración pública, se habrá dado un paso importante, pero quizá insuficiente»; en relación con esta afirmación se sitúa otra que el autor efectúa inmediatamente antes, propiciando la necesidad de «profundizar en la caracterización de las potestades administrativas, que quizá deban ser identificadas no sólo atendiendo al criterio de la existencia de prerrogativas de poder público en una determinada actividad, sino también como

gundo lugar, por razones prácticas, debido a la imposibilidad de discernir cabalmente en el caso concreto si el daño ocasionado por actividades materiales o prestacionales de la Administración ha traído o no causa del ejercicio de potestades administrativas, consideración que repetidamente hemos efectuado a lo largo de la exposición.

Por lo demás, existen argumentos que contradicen abiertamente la interpretación anterior. En primer lugar, la vocación expresamente declarada por el legislador de unificar el sistema de responsabilidad de las administraciones públicas como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, ya citada. En su virtud, el artículo 139 LRJ-PAC, que hace referencia a las «administraciones públicas» y a los «servicios públicos» sin recoger una referencia expresa a lo que entiende por unas y otros, debe ponerse en conexión con el artículo 2 de la propia Ley, que define su ámbito de aplicación; pero tal conexión no puede producirse a los efectos de excluir del régimen de responsabilidad diseñado por la Ley aspectos parciales de la actividad de las entidades de Derecho público, operación que contradiría la teleología de la norma en orden a unificar el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual, en el conjunto de la actividad de todas las administraciones públicas. Por todo ello, considero que la indemnización por cualesquiera daños derivados de la actividad o inactividad de las entidades de Derecho público, debe exigirse conforme al procedimiento de reclamación establecido en el artículo 142 LRJ-PAC, que desemboca en un acto administrativo, dictado en aplicación del Derecho administrativo, y residenciable a efectos de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En conclusión, *la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para conocer en materia de responsabilidad extracontractual de las entidades de Derecho público.*

De otro lado, la finalidad perseguida por la existencia de una organización jurisdiccional estructurada en órdenes diversos es la de alcanzar un mayor grado de especialización en la materia, que redunde en beneficio de la calidad de la justicia que se imparte. Como pusimos de manifiesto más arriba (§1.3 del Capítulo I), la evolución jurisprudencial ha deparado la unificación del régimen sustantivo de la materia, generando criterios propios de imputación relativos a la responsabilidad de las administraciones públicas, *en el conjunto* de su actividad. De tal manera que, siendo calificadas las entidades de Derecho público como administraciones públicas, se encontrarían incluidas en ese régimen sustantivo (que se entiende derivado de la Constitución Española), resultándoles de aplicación los criterios jurídico-administrativos de imputación a la responsabilidad en

una consecuencia ligada necesariamente a las garantías y derechos del ciudadano».

Por el contrario, DE VICENTE DOMINGO, R.: *Los entes instrumentales...*, *op. cit.*, pg. 83, rechaza esta interpretación, porque comportaría homogeneizar el régimen jurídico de todas las entidades de Derecho público, y esto es algo que el legislador no pretendía hacer.

que puedan incurrir en cualquier aspecto o vertiente de su actividad. Siendo esto así, resulta coherente con el sistema general de reparto competencial que sea un mismo orden el que conozca de todas las pretensiones relacionadas con una misma materia (esto es, reguladas por un mismo Derecho sustantivo), en lugar de deslindar entre dos jurisdicciones diferentes el conocimiento de asuntos en los que se deberá aplicar un mismo Derecho. De modo que decaen las razones preexistentes para articular un sistema de dualidad jurisdiccional en la materia, surgiendo en su lugar la necesidad contraria, esto es, la de unificar en un mismo orden todas las pretensiones dirigidas a reclamar esa misma responsabilidad extracontractual que abarca al conjunto de la actividad de la Administración.

Por otra parte, MARTÍN REBOLLO considera que el artículo 144 LRJ-PAC se dirige precisamente a deshacer todo equívoco en relación con el régimen de responsabilidad de las entidades de Derecho público: en su opinión, la finalidad de este precepto es declarar que la responsabilidad extracontractual derivada de la actividad de Derecho privado de estas entidades se exige asimismo mediante el procedimiento previsto por la Ley⁴². Personalmente, considero que el artículo 144 pretendía desempeñar en realidad otro papel (que ha sido expuesto en el epígrafe anterior); pero la opinión del autor citado puede servir de refuerzo para entender que la responsabilidad extracontractual de las entidades de Derecho público se exige en todo caso mediante el procedimiento contemplado por el Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Debe notarse la extraordinaria extensión cuantitativa de asuntos que, en función de lo antedicho, resultan excluidos del ámbito jurisdiccional civil. Fácilmente se recuerda el considerable volumen de actividad administrativa que en los últimos años ha venido trasladándose de la Administración territorial a entes personificados con forma jurídico-pública, lo que amplió correlativamente el ámbito sustantivo de la jurisdicción civil, dado que el volumen más extenso de la actividad de estos entes se encuentra sometido al Derecho privado. La operación actuada mediante la Ley 30/1992 comporta el retorno del conocimiento de todos los asuntos referidos a la responsabilidad extracontractual de los entes de Derecho público al ámbito material de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supone una doble reducción del ámbito competencial del orden civil que venía operando hasta hoy en virtud de su propia interpretación del Derecho positivo: *en primer lugar*, la actividad materialmente administrativa que se haya visto sometida a privatización formal (es decir, sujeción formal de la actividad al Derecho privado, a pesar de que sea manifestación de ejercicio de funciones públicas), esto es, un ámbito material que nunca debió abandonar la esfera jurídico-pública y su jurisdicción específica; *en segundo lugar*, la responsabi-

42. Vid. MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 52 y ss.

lidad extracontractual derivada de relaciones de Derecho privado, conforme a la clásica diferenciación de regímenes que instauró el artículo 41 LRJAE, y que resultaba tradicionalmente adscrita al conocimiento de la jurisdicción civil. En este último sentido, se recordará que el orden jurisdiccional civil conocía sin traba competencial alguna de las reclamaciones por responsabilidad extracontractual de los organismos autónomos, siendo el ejemplo de RENFE paradigmático de cuanto exponemos⁴³. En atención al nuevo sistema de reparto, esta situación no podrá repetirse, debiendo exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa todo daño extracontractual generado por las entidades de Derecho público.

Conviene ponderar la oportunidad de este diseño, dada la denominación que han recibido muchos de los entes de Derecho público, que puede conducir fácilmente al equívoco del particular recurrente. En efecto, un sujeto que soporta un daño extracontractual derivado de la actividad de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, o de ENATCAR, o de SEPES... ¿ante qué orden jurisdiccional se verá inducido a reclamar? Tal y como se encuentra configurado el reparto, habrá de interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la propia entidad o ante el Ministerio del que dependan (en función de lo que disponga su norma reguladora), para acudir después eventualmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero parece que no es precisamente esa vía la que invita a seguir la denominación que reciben estas entidades. El problema es ciertamente preocupante, pero no cabe restringirlo al aspecto puntual de la responsabilidad extracontractual, pues se extiende al conjunto de la actividad de estas entidades, generador de un considerable grado de inseguridad jurídica y de frustración en el respeto debido a las garantías constitucionales que vinculan la actividad de la Administración. Dadas las dimensiones y la finalidad de nuestro trabajo, sólo nos corresponde consignar aquí este hecho, y recordar nuevamente que por muy perturbador que resulte el régimen dispuesto por la Ley, las reclamaciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra las entidades de Derecho público habrán de sustanciarse mediante un procedimiento administrativo que desemboca en una ulterior atribución del asunto a

43. La reciente STS (Sala 1.ª) 22 enero 1996 (RJ 1996, 250), condena a RENFE por los daños derivados del fallecimiento de un particular arrollado por un tren de cercanías en un paso a nivel sin barreras. Aunque en el texto de la sentencia transcrito por el Repertorio no figura la fecha del suceso, debemos suponer que aún le resultaba de aplicación el antiguo Estatuto de RENFE, conforme al cual, y en atención a las razones que ya se apuntaron, resultaba competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Debe precisarse, además, que debido a la circunstancia de que esta entidad desempeña un servicio público, su régimen de responsabilidad extracontractual se encuentra abarcado por los arts. 121 y ss. LEF, por lo que la competencia jurisdiccional en la materia corresponderá en todo caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, como ya se sostuvo en su lugar, y se recordará de nuevo un poco más adelante.

la jurisdicción contencioso-administrativa. En este momento, para excluir un ente en mano pública del régimen de responsabilidad extracontractual instaurado por la Ley 30/1992, sería precisa su transformación en empresa mercantil. Por desgracia, el fenómeno cuenta con destacados exponentes, cada vez más numerosos, que cuestionan la operatividad del reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual articulado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En relación con lo anterior, y antes de cerrar este punto, conviene recordar que la Seguridad Social se encuentra incluida en el concepto de Administración pública que maneja la Ley 30/1992. Ello determina que la responsabilidad extracontractual en la que incurran las entidades integradas en el sistema se encuentre regulada por el régimen que acaba de exponerse, tanto en lo referente a su aspecto sustantivo, como en lo relacionado con el reparto jurisdiccional articulado en la cuestión. De tal manera que no cabe ya distinguir la responsabilidad extracontractual de la Seguridad Social en función de que resulte de relaciones de Derecho público o privado, pues tanto unas como otras han unificado su régimen jurídico y la correspondiente competencia jurisdiccional. El dato será oportunamente recordado más adelante, cuando analicemos la competencia del orden social en relación con la responsabilidad extracontractual de la Administración.

6. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y AGENTES DE LA ADMINISTRACION

6.1. La responsabilidad de la Administración frente a terceros por daños provocados por su personal en el correcto ejercicio de sus funciones.

El primer hecho a considerar en este punto es la naturaleza de la responsabilidad administrativa a la que hacemos referencia. Se trata de la responsabilidad extracontractual *de la Administración*, que se manifiesta, evidentemente, *a consecuencia de la actuación de sus funcionarios o agentes*, pues la actividad administrativa se produce en todo caso a través de concretas personas actuantes⁴⁴. Esto quiere

44. «La Administración pública, como persona jurídica, necesita actuar por medio de sus órganos representativos. No se concibe su actividad de otra forma. De ahí que sólo a través de esos órganos (autoridades, funcionarios, empleados) puede generarse para la Administración la obligación de resarcir los daños causados»; cfr. SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 805. En la misma opinión, *vid.* ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 15 y GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 920.

decir que, *frente a terceros*, la responsabilidad de la Administración y la de su personal son una misma cosa, esto es, se trata de la misma responsabilidad, por cuanto la Administración, como persona jurídica, sólo actúa a través de personas físicas, y los daños que provocan las personas físicas dependientes de ella son imputables a la Administración.

Pero además, la responsabilidad de la Administración es *directa*, esto es, se le imputa el daño a pesar de haber actuado a través de persona interpuesta. De donde se desprende que, gozando la responsabilidad administrativa extracontractual de criterios propios de imputación, esos mismos criterios serán de aplicación aun cuando resulte posible aislar a un concreto funcionario actuante, sin exigirse que la conducta del agente sea dolosa o culposa. Ello se debe igualmente al hecho de que la responsabilidad de la Administración por la actuación de sus funcionarios o agentes no constituye un supuesto de responsabilidad por acto ajeno, sino por actuación de los propios órganos de la persona jurídica imputable⁴⁵. Esta apreciación se corresponde con la supresión del artículo 1903.5 CC, que no resultaba operativo desde la aprobación de la LRJAE⁴⁶. En consecuencia, *no cabe sostener que la responsabilidad administrativa extracontractual se transforma en responsabilidad civil cuando traiga causa de la conducta de un agente de la Administración*: la responsabilidad extracontractual de la Administración es distinta en todo caso, sin que tal naturaleza pueda pervertirse por la imputación del daño a un agente de la misma⁴⁷.

45. Lo que ya tempranamente notó ROYO VILLANOVA, S.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pgs. 15 y ss. En la doctrina civil, *vid.*, por todos, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 490.

46. La supresión del párrafo, dispuesta por la Ley 1/1991, de 7 enero, venía siendo reclamada desde antiguo por la doctrina civilista, debido a su incompatibilidad con el art. 41 LRJAE, que establecía la responsabilidad directa del Estado; *vid.*, entre otros, DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pgs. 403 y ss.; SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad...*, vol. 2, *op. cit.*, pg. 806 y ALBALADEJO, M.: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pg. 489.

47. Así lo percibe la jurisprudencia contencioso-administrativa, entre cuyos pronunciamientos cabe citar 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».

Por cuanto se lleva expuesto, es fácilmente comprensible el reparto jurisdiccional que la Ley 30/1992 articula al respecto: según su artículo 145.1, las reclamaciones de responsabilidad extracontractual a consecuencia de daños originados por los funcionarios y agentes de la Administración se dirigirán directamente a ésta, mediante el procedimiento general previsto por el artículo 142.6. Este régimen jurídico resulta de aplicación no sólo al personal de la Administración en sentido estricto, sino asimismo a sus agentes, aunque tal referencia haya desaparecido de la Ley⁴⁸. La Administración responderá del daño causado conforme a los criterios jurídico-administrativos de imputación de responsabilidad. El acto por el que concluya el procedimiento es residenciable ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a efectos de impugnación o modificación, como ya se sostuvo con anterioridad en relación con el conjunto de reclamaciones de responsabilidad tramitadas con arreglo a dicho procedimiento.

6.2. La responsabilidad propia del personal de la Administración: régimen jurídico-público de la materia, competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo, y legitimación activa exclusiva de la Administración imputada cuando el agente actúa en el correcto ejercicio de sus funciones.

Como ya se anticipó en el Capítulo I (§3.3), el Derecho administrativo ha previsto un régimen jurídico especial en relación con la responsabilidad propia de su personal. El artículo 145 LRJ-PAC establece los criterios de imputación y

48. El texto de la Ley no incluye referencia expresa a los agentes de la Administración, que sí aparecían contemplados, por el contrario, en el art. 41 LRJAE. Sin embargo, de la doctrina jurisprudencial recaída anteriormente, cabe inferir que los daños generados por agentes de la Administración también se considerarán incluidos en la nueva regulación de la materia. 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».

En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. II, *op. cit.*, pg. 389: «El hecho de la integración en la organización administrativa permite ampliar la noción de funcionario a estos efectos más allá de los límites que resultan del concepto formal que se maneja en la legislación funcional, sobre todo el dato de hecho, acorde con la expresión objetiva que la Ley y la Constitución utilizan (“funcionamiento de los servicios públicos”), del ejercicio real de funciones públicas, comprendiendo así no sólo a los funcionarios *stricto sensu*, sino a todo tipo de autoridades, empleados o contratados e, incluso, a cualesquiera agentes que por un título u otro desempeñen, aunque sea de modo ocasional, esas funciones (...), hasta el supuesto límite del mero gestor oficioso o *de facto*».

el procedimiento de reclamación correspondiente, que se articula como una *actio de in rem verso* de la Administración contra el causante del daño⁴⁹.

Resulta absolutamente preciso destacar esta circunstancia. En mi opinión, *el personal de la Administración que actúa en desempeño de su cargo o función no responde directamente en ningún caso frente a terceros de los daños que genera*⁵⁰. La responsabilidad de la Administración es directa, y el recurrente dañado sólo puede dirigirse

49. Sobre el particular, *vid.* el estudio monográfico de GARCÍA MACHO, R.: «Función pública y responsabilidad» en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. 1, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado e IEF, Madrid, 1988, pgs. 675 y ss.

50. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, vol. I, *op. cit.*, pg. 405: «La derogación del art. 43 LRJAE impide, pues, a la víctima dirigir su reclamación *ab initio* contra el agente causante del daño, al que, a partir de ahora, sólo la Administración a la que pertenece, una vez que hubiera indemnizado al dañado, podrá exigir en vía de regreso, cuando medie dolo, culpa o negligencia grave, la responsabilidad en que hubiere incurrido». *Vid.*, igualmente, BLASCO ESTEVE, A.: «La responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, pgs. 434 y ss.; NAVARRO MUNUERA, A. E.: «La regulación...», *op. cit.*, pgs. 542 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pgs. 55 y ss.; GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 928 y FUERTES SUÁREZ, J. L.: «Responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 816.

MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...», *op. cit.* (1994), pg. 66, aventura, por el contrario, que ante el orden civil podría exigirse la responsabilidad del funcionario, siempre que el recurso se dirigiera exclusivamente contra él, aunque el propio autor reconoce que «esta afirmación quizá resulte un poco precipitada tras la nueva Ley 30/1992». Y a mayor abundamiento, en pg. 96 concluye: «la jurisdicción civil debe declararse incompetente también si se demanda aisladamente al funcionario o conjuntamente con la Administración».

En cambio, se han manifestado a favor de reconocer la posibilidad de que el personal de la Administración sea demandado ante el orden civil PEMÁN GAVÍN J.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 304; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pgs. 453 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad...* *op. cit.*, pgs. 440 y ss.; LEGUINA VILLA, J.: «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 407; LUIS ET BORRELL, F. y OTROS: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pg. 426; COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992...*, *op. cit.*, pgs. 732 y 742; y también, en aparente contraposición con su trabajo citado *supra*, BLASCO ESTEVE, A.: «Licencias urbanísticas...», *op. cit.*, pg. 113.

Consignación aparte merece la postura de GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pgs. 391 y ss. Para estos autores, el art. 145.1 LRJ-PAC dispone claramente que la Administración será el único sujeto pasivo de la reclamación, pero esta conclusión se encuentra enturbiada por la confusa redacción conferida al art. 146 de la Ley, por lo que entienden que, a pesar de lo que se desprende del primero de estos artículos, los particulares podrán en la práctica demandar asimismo al personal de la Administración ante los tribunales ordinarios. Suscribo sin reparo alguno el realismo de esta postura, destacando suficientemente que lo que deparará la práctica no encuentra acomodo en la dicción literal del art. 145 LRJ-PAC, y la finalidad que lo inspira.

contra ella. Por el contrario, la Administración que ha satisfecho la indemnización puede ejercer una acción de regreso contra el causante del daño. Esta acción se encuentra prevista en normas jurídico-administrativas, se tramita conforme a un procedimiento administrativo, se exige conforme a criterios específicos de imputación, y el acto que la determina es residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁵¹. Con ello quiere decirse que *los terceros lesionados no tienen legitimación activa para recurrir contra el personal de la Administración por los daños derivados de su actividad pública*. La legitimación activa corresponde en exclusiva a la propia Administración, cuando previamente haya respondido frente al tercero por los daños provocados por su personal.

La exclusión de la legitimación activa del lesionado encuentra fundamento en dos circunstancias distintas. La primera, analizada en el epígrafe anterior, consiste en el hecho de que la Administración, como persona jurídica que es, sólo puede actuar mediante personas físicas, a quienes en última instancia les resultaría imputable el daño de no encontrarse prevista otra consecuencia diferente por el Derecho positivo. Para evitar que el personal de la Administración sea quien responda de los daños derivados de una actividad que en verdad sólo a ella es imputable, la Ley ha excluido la responsabilidad del agente frente a terceros, obligando a la Administración a responder directamente de los daños que éste cause. Se preserva así, en toda lógica, el patrimonio del agente, en orden a colectivizar los daños generados, que deben repararse por la Administración y no por su ocasional mandatario⁵². Conforme al régimen civil ocurriría algo diametralmente distinto: el funcionario respondería frente a terceros con su propio patrimonio de los daños derivados del ejercicio de funciones públicas, lo que sucedía, antes de la promulgación de la LRJAE en 1957, en aplicación estricta de los artículos 1903.5 (antiguo) y 1902 CC⁵³, y fue rechazado expresamente por el Dictamen evacuado por el Consejo de Estado sobre el Proyecto de

51. Apreciación que viene respaldada, asimismo, por la supresión de los preceptos del REF consagrados a regular el procedimiento de reclamación de responsabilidad, que han sido derogados por el RD 429/1993. El art. 135.3 REF disponía: «En estos supuestos [cuando los daños sean producidos por dolo o culpa grave del funcionario o funcionarios encargados del servicio], los particulares lesionados podrán exigir la responsabilidad solidariamente de la Administración y de los funcionarios, regulándose esta última por la Ley de 6 abril 1904 y demás disposiciones aplicables».
52. En el mismo sentido, *vid.* NAVARRO MUNUERA, A.: «La regulación...», *op. loc. ult. cit.*
53. Para acceder a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con los daños provocados por los funcionarios públicos antes de la promulgación de la LRJAE, *vid.* DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 405. No obstante, en el Capítulo III, §1.5, comentaremos críticamente que en estos casos la jurisdicción civil excluía la responsabilidad del funcionario para condenar en exclusiva a la Administración, y no la del propio funcionario, como exigiría el régimen jurídico-positivo aplicable al supuesto.

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.⁵⁴

La segunda circunstancia que justifica la instauración de un régimen jurídico específico en punto a reclamar la responsabilidad del agente se apoya sobre la peculiaridad intrínseca de la Administración y de su actividad, que tienen dimensión constitucional y resultan generadoras de grandes riesgos. Estos riesgos, como ya sabemos, son calibrados frente a terceros con parámetros específicos de imputación, distintos de los manejados por el Derecho común. Y así como parece lógico excluir a la Administración del ámbito de aplicación de los criterios comunes conforme a los que se valoran las conductas de las personas jurídico-privadas, también resulta plenamente lógico, y coherente con el conjunto del sistema, que el parámetro de culpabilidad que se descargue sobre el concreto sujeto físico actuante en nombre de la Administración también sea específico y propio del Derecho administrativo. Se nos revela así nuevamente la absoluta peculiaridad jurídica de la responsabilidad administrativa extracontractual, que aparece regulada por el Derecho positivo como una materia específica y diferente de la responsabilidad civil, al ostentar distinta justificación jurídica, criterios propios de imputación y gradación de responsabilidad, y una jurisdicción específica ante la cual exigirla y determinarla.

De ello se desprende que los particulares lesionados no cuentan con legitimación activa para recurrir contra el funcionario o agente: sólo la Administración dispone de tal legitimación, que además calificamos con este término en sentido impropio, por cuanto la imputación del sujeto físico se establece en virtud de un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, que no requiere mediación de pronunciamiento judicial alguno. Y de aquí se deriva, a su vez, una consecuencia inevitable: *si la materia en examen difiere de la civil, y no existe además legitimación activa por parte del sujeto dañado para recurrir contra el personal de la Administración, los Tribunales civiles no podrán extender su competencia jurisdiccional a la responsabilidad extracontractual de la Administración con el pretexto de que, junto a ella, se recurre contra la persona física causante del daño.* Si no existe legitimación activa del dañado para recurrir contra el personal de la Administración, ni en el orden civil ni en el contencioso-administrativo, no se puede reclamar en exclusiva contra el funcionario o agente en ninguno de los órdenes jurisdiccionales; y mucho menos aún podrá demandarse de manera solidaria al personal actuante y a la Administración responsable del daño ante el orden civil. Esta

54. Como destaca, asimismo, NAVARRO MUNUERA, A. E.: *op. loc. ult. cit.*, quien señala que la valoración desfavorable que el Proyecto mereció en este punto se debía probablemente a la posibilidad de que, si se reconociese responsabilidad solidaria entre la Administración y su personal, el orden civil conocería finalmente de pleitos en los que se sustanciaría verdaderamente la responsabilidad de aquella.

conclusión, que por razones de claridad expositiva convenía anticipar aquí, será tratada con mayor detenimiento en el próximo Capítulo, §1.5, donde se analizarán asimismo otras cuestiones, como el significado que adquiere en este contexto el artículo 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Debe notarse, además, la existencia en el artículo 145.2 LRJ-PAC de un supuesto adicional de responsabilidad administrativa extracontractual, distinto de los anteriores. Se trata de la responsabilidad en que incurra el personal de la Administración frente a la misma, por los daños causados a sus bienes o derechos. En este caso, la exigencia de responsabilidad se canalizará de acuerdo con el mismo procedimiento previsto para el caso anterior, que desemboca, igualmente, en una resolución, residenciable a efectos de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

7. EL REPARTO DE JURISDICCION EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL RESULTANTE DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

7.1. Sistema de reparto jurisdiccional que parece desprenderse de la nueva regulación sobre procedimiento y contratos administrativos.

Antes de comenzar este punto, conviene recordar que en el Capítulo I (§1.4) se expuso el régimen de aplicación a esta materia resultante de la LEF. El párrafo primero del artículo 98 LCAP sienta la regla general de que corresponde al contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato⁵⁵; el precepto es de aplicación a todo contrato administrativo, no sólo a los de obras y prestación de servicios públicos, como sucedía en el sistema anterior. El párrafo segundo del mismo artículo establece la excepción a la regla: «Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable

55. Como puede notarse, la redacción del precepto es más contundente que la recogida en el art. 121.2 LEF, que dispone: «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su causa en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro por fabricación». El apartado 4.º del mismo artículo dispone: «La reclamación de aquéllos⁵⁶ se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido *en la legislación aplicable a cada supuesto*».

En mi opinión, las expresiones que hemos destacado en itálica deben ser interpretadas como un definitivo deslinde y esclarecimiento del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad administrativa extracontractual derivada de la actuación de los contratistas y concesionarios de la Administración. A mi juicio, confirman la existencia de un doble régimen jurídico en relación con el daño soportado por el tercero: si trae causa de una orden de la Administración o de un vicio del proyecto, tendrá naturaleza jurídico-administrativa, y se determinará «dentro de los límites señalados en las leyes» (expresión que, evidentemente, hace referencia al régimen jurídico-administrativo de la materia: daño efectivo, individualizable, etc.); en cambio, si es resultado de una actuación del contratista exterior a ese ámbito, será civil y por consiguiente su reconocimiento exigirá cuando menos la simple negligencia, formulándose la reclamación «conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto»⁵⁷.

Al propio tiempo, y como se desprende del párrafo primero del artículo, este nuevo régimen impone al contratista la obligación de indemnizar *todos* los daños derivados de su actividad, aunque la Administración resulte responsable de los mismos como consecuencia de los títulos que contiene el artículo 98.2 LCAP. De este modo, se superaría por vía legal la interpretación jurisprudencial que hacía a la Administración responsable directa de los daños, concediéndole una acción de regreso contra el contratista en el caso de que éste fuera el responsable de los daños. En mi opinión, el artículo 98.1 LCAP establece precisamente la regla contraria: en principio, *corresponde al contratista anticipar la indemnización, pudiendo accionar éste ulteriormente contra la Administración por vía de regreso*

56. Entiendo que el «aquéllos» con el que se inicia la redacción de este precepto resulta referible a los terceros recurrentes; en cambio, SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución...», *op. cit.*, pg. 414, dirige la mención a los contratistas.

57. Esta misma interpretación es la que, según SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución...», *op. cit.*, pgs. 412 y ss., «parece» desprenderse de la Ley; pero el autor detecta la contradicción que ello supone con el régimen anterior y con la doctrina mayoritaria imperante en la materia, por lo que vaticina «la importante conflictividad que esta controversia puede llegar a suscitar en la práctica». También es partidario de la interpretación propuesta GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Ejecución, modificación y extinción de los contratos», en *Contratación administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pgs. 207 y ss.

si el daño tuviese origen en las causas dispuestas por el artículo 98.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁵⁸.

Se notará, en este contexto, que *el particular no tiene por qué saber a quién es imputable el daño sufrido*⁵⁹. Así, la ocupación de una finca privada por parte del contratista en orden a la ejecución de una obra pública, sin la tramitación del correspondiente expediente previo, puede deberse tanto a una omisión de la Administración (que contempló la ocupación en el proyecto de obras pero no llegó a tramitarla después, apercibiéndose al particular), cuanto a un abuso del contratista (que sin tener reconocido el derecho a la ocupación temporal, no obstante la lleva a cabo). En resumen, el tercero lesionado puede ignorar el mecanismo por el que exigir la responsabilidad, y por consiguiente, la jurisdicción competente para conocer del asunto.

58. En este sentido, debe destacarse la encendida (y, a mi juicio, acertada) crítica que MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente...*, *op. cit.*, pgs. 129 y ss., dedica a las SSTs (Sala 3.ª) 9 mayo 1989 (RJ 1989, 4487) y concordantes, en la medida que establecían la responsabilidad directa de la Administración por cualquier daño derivado de la actividad del contratista o concesionario. En particular, cabe destacar estas afirmaciones: «El concesionario no ejerce, desde luego, de modo continuo, funciones públicas. Cuando lo hace por delegación o sigue instrucciones u órdenes de la Administración, puede imputarse responsabilidad por las lesiones que cause a la Administración concedente. No en otro caso» (pg. 132); «Tampoco, en fin, puede confundirse el régimen de los actos del concesionario con los del delegado a que se refiere el art. 32.2 de la LRJAE. El concesionario podrá ejercer funciones delegadas, pero no toda la actividad del concesionario es imputable a la Administración» (pg. 133); «Las soluciones que criticamos terminan por dar al concesionario exactamente el mismo trato que al funcionario (...). Sin embargo, así como el art. 135.3, REF, configura como solidaria la responsabilidad de la Administración y el funcionario, no lo hace en el caso del concesionario, entendiéndolo, sin duda, que su régimen es diferente» (pg. 134). *Vid.* otras posiciones, igualmente críticas con la STS 9 mayo 1989, en BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pgs. 225 y ss. y REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, *in totum*.

Por su parte, SUAY RINCÓN, J.: «La ejecución...», *op. cit.*, pg. 414, en referencia al nuevo régimen establecido por la LCAP, afirma: «No se esconde que la finalidad de estas precisiones pudiera ser la de aligerar la responsabilidad de la Administración en el ámbito de la contratación administrativa (...), y en este sentido, de lo que se trataría es de desvirtuar las conclusiones hasta ahora alcanzadas por la doctrina dominante»; por ésta y otras razones, el autor es contrario a esta pretensión (pg. 415). Tal vez por ello algunos autores sostienen que la Administración es responsable de reparar todos los daños, recuperando lo anticipado por vía de regreso contra el contratista si éste fuera responsable de acuerdo con el art. 98.2 LCAP; *vid.* CASTILLO BLANCO, F. A.: «Consideraciones generales en torno a la ejecución del contrato administrativo en la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1996, pgs. 292 y ss.

59. *Vid.* idéntica apreciación en PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, núm. 91, 1996, pg. 411.

El artículo 98.3 LCAP parece atender precisamente a ese problema⁶⁰, proclamando que «los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de la acción civil». La previsión legislativa es oportuna, pero a mi juicio, insuficiente: el órgano contratante puede proclamar la responsabilidad del contratista a pesar de que le corresponda a la Administración, en cuyo caso el tercero recurrente obtendría finalmente una sentencia desestimatoria de su pretensión en la vía civil, provocando de nuevo el peregrinaje jurisdiccional que tan acertadamente parece querer evitarse, sin conseguirlo, por la normación más reciente en la materia⁶¹.

A esto se le debe añadir que *el tercero lesionado tampoco tiene por qué saber que la actuación lesiva deriva de la ejecución de un contrato administrativo*: sencillamente, percibe que sufre un daño, generado por la actuación de un sujeto privado, se encuentre éste o no ejecutando un contrato administrativo⁶². En tal caso, de

60. En el mismo sentido, SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución...», *op. cit.*, pg. 414 y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Ejecución ...», *op. cit.*, pg. 207, para quien el órgano de contratación se pronunciará en este procedimiento sobre quién debe responder del daño (la Administración o el contratista), y no, en cambio, acerca de la procedencia misma y la cuantía de la indemnización (como se disponía en el RCE).

61. Idéntico comentario en SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución...», *op. cit.*, pg. 415 y asimismo, en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y otros: *Contratos de las administraciones públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo*, El Consultor, Madrid, 1995, pg. 499, aunque estos últimos autores consideran razonable que el peregrinaje de jurisdicción deba mantenerse en este supuesto.

Otros autores, sin embargo, parecen valorar la reclamación administrativa previa del art. 93.3 LCAP como un requisito inexcusable para la exigencia de responsabilidad de la Administración; dicho de otro modo: para exigir la responsabilidad de la Administración será preciso obtener primero un reconocimiento de su responsabilidad, mediante la declaración citada, que habilitaría, en su caso, a iniciar el procedimiento de responsabilidad extracontractual de la Administración, o bien a dirigirse a la vía civil para recurrir contra el contratista. *Vid.* SOSA WAGNER, F.: *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 152 y ss. y LUCAS RUIZ, V.: *Contratación administrativa de la Generalitat Valenciana*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1995, pg. 248. Sin embargo, la postura que proponemos en el texto es la de que el tercero lesionado podrá acudir directamente ante el orden civil, sin necesidad de la previa declaración; y que si el contratista satisface la indemnización, podrá recuperarla de la Administración por vía de regreso, sin necesidad de instar la declaración previa, pues podrá iniciar directamente el procedimiento de reclamación.

62. Así, las obras realizadas por compañías eléctricas, o la construcción de un aparcamiento privado que requiere la ocupación temporal del dominio público, constituyen supuestos de actividades privadas susceptibles de generar en el sujeto dañado la impresión de que se trata de un contrato administrativo o una relación de servicio público. Por el contrario, la

seguir la vía civil podría enfrentarse asimismo con una sentencia absolutoria del contratista, quien indudablemente opondría en el proceso la causa de exclusión de responsabilidad que, teóricamente, le permite esgrimir el propio artículo 98, provocando nuevamente el peregrinaje jurisdiccional del lesionado.

De otro lado, también es posible que el hecho lesivo resulte de una concurrencia de causas entre la actividad de la Administración y el contratista, en cuyo caso cada parte habrá de responder conforme a su porcentaje de responsabilidad en la producción del daño, siendo así que el régimen jurídico y la jurisdicción competente para conocer de cada una de estas responsabilidades, según el reparto expuesto, es diferente. Aquí nos situamos ante la problemática general de concurrencia de responsabilidad entre la Administración y un particular frente a terceros, cuestión que se aborda monográficamente en el Capítulo siguiente (§1.5); no obstante, se tendrá presente desde ahora que el nuevo régimen de reparto jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración pone en entredicho la tradicional *vis atractiva* del orden jurisdiccional civil para conocer de los asuntos en que la Administración comparta su responsabilidad con un particular, como se pone de manifiesto en ese epígrafe.

En resumen, debido a la complejidad de la materia, el reparto de jurisdicción articulado sobre ella puede resultar claramente insatisfactorio si se muestra un celo excesivo por encomendar al orden contencioso-administrativo su conocimiento exclusivo⁶³. Por este motivo, sería conveniente en este caso desligar dos temas: el de la jurisdicción competente, y el del sujeto responsable. No resulta apropiado establecer en este supuesto un reparto de jurisdicción basado en el carácter del sujeto obligado a reparar el daño, sino más bien en un criterio personalista referido al sujeto actuante, esto es, al sujeto que ocasiona materialmente el daño, con independencia de que finalmente sea o no responsable de su resarcimiento⁶⁴. En orden a evitar el peregrinaje jurisdiccional, considero que, siendo la

construcción de un edificio para una Administración pública desde el que se desprende un andamio que golpea a un viandante, o el accidente de tráfico sufrido por una compañía privada concesionaria de una línea de transporte regular de viajeros por carretera, son supuestos incluidos en la ejecución de contratos administrativos que sin embargo invitarán naturalmente al dañado a recurrir por vía civil contra la empresa contratista.

63. Argumentos similares fueron alegados en su día para justificar el régimen jurídico-positivo anterior, que, como sabemos, unificaba en beneficio de la jurisdicción contencioso-administrativa todos los asuntos relativos a responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios públicos y de la ejecución de obras públicas. *Vid.*, especialmente, PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pgs. 67 y ss., quien en particular pondera la conveniencia de no separar la continencia de la causa en orden a atribuir la competencia exclusiva a la jurisdicción contenciosa.

64. REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos...», *op. cit.*, pgs. 35 y ss., aclara la diferencia que separa a los términos «causalidad» (hecho o actividad determinante del daño), «imputabilidad»

actividad de un sujeto privado la que materialmente produce el daño al tercero, la competencia jurisdiccional del asunto debe corresponder al orden civil, interrumpiéndose el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción en vía administrativa mediante la interposición de este recurso jurisdiccional. En el pleito civil se manejarían los criterios comunes de imputación de responsabilidad, y en su virtud, se determinaría si existe o no un daño resarcible.

En mi opinión, *el artículo 98 LCAP contiene precisamente esta regla de reparto de jurisdicción en la materia*⁶⁵, como confirma alguna jurisprudencia recaída en el orden civil en relación con el art. 134 RCE⁶⁶ (que, como sabemos, concuerda linealmente con lo dispuesto ahora por el art. 98.1 LCAP). Así, la SAP Málaga 2 mayo 1996 (ED 1996, 1974), afirma:

«En lo que se refiere a la excepción de falta de legitimación pasiva del Excmo. Ayuntamiento, se invocan por su Letrado el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado (...); y efectivamente, el primero de los artículos citados dispone que será de cuenta del contratista indemnizar todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de la obra (...), por lo que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Ronda y absolver al mismo». En un considerando anterior, la sentencia rechaza la excepción de incompetencia alegada por la Corporación, con base en el hecho de que en el pleito también se encausa a un sujeto privado. En análogo sentido se manifiesta la SAP Asturias de 7 de febrero de 1997 (AJA 1997, núm. 288/31).

(sujeto al que se atribuye el hecho causante del daño) y «responsabilidad» (sujeto sobre el que surge la obligación indemnizatoria), y considera inadecuado hablar de «imputación del daño». En el texto hemos procurado emplear esas mismas acepciones.

65. Opinión con la que concuerda la de PANTALEÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 410: «*La competencia para conocer de las cuestiones de responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y demás contratistas de la Administración ha dejado ya de corresponder a la Administración contratante y a la jurisdicción contencioso-administrativa (...). Para la nueva Ley, la acción de responsabilidad del perjudicado contra el concesionario es una "acción civil" (...) que ha de ejercitarse ante los Tribunales civiles*» (la cursiva es nuestra). Todo ello también es coincidente con la remisión expresa que se efectuaba a la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la responsabilidad extracontractual de los contratistas de obras públicas, circunstancia que es puesta de relieve por GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E.: «Ejecución de los contratos administrativos: especial referencia a la ejecución y extinción del contrato de obras», en *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, pg. 546. El autor se proclama partidario de reconocer que la jurisdicción competente vendría determinada por el sujeto contra el que se reclame, siendo posible en todo caso impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto por el que la Administración resuelva la declaración previa que eventualmente haya sido solicitada por el tercero dañado.
66. En el último párrafo del §1.4 del Capítulo primero tuvimos ocasión de exponer otras opiniones al respecto, por lo que no resulta preciso repetir ahora esos planteamientos.

Es posible, en este caso, que se produzcan dos injusticias:

Primera: Que se excluya totalmente la responsabilidad por aplicarse en la vía civil criterios de imputación menos generosos que los jurídico-administrativos, siendo así que, de haberse seguido una vía administrativa de recurso, se hubiera declarado la inexistencia de responsabilidad. En tal caso (que, como demuestra la práctica, no sería frecuente), el particular lesionado podría iniciar un procedimiento de reclamación de responsabilidad en vía administrativa, cuya desestimación expresa o presunta desembocaría ante la jurisdicción contenciosa, en la que se aplicarían los criterios jurídico-administrativos de imputación⁶⁷. Por otra parte, para ampliar la seguridad jurídica del recurrente, la Ley 13/1995 ha dispuesto un mecanismo preventivo del error en la vía de impugnación: el requerimiento previo que contempla el artículo 98.3 LCAP. En su resolución se hará constar la vía que debe seguir el recurrente, rigiéndose su pretensión en cada caso por las reglas correspondientes (públicas o privadas) en función del supuesto (art. 98.4 LCAP). Como hemos comentado anteriormente, la solución no resulta completamente satisfactoria, pero cuando menos, amplía la seguridad jurídica del dañado.

Segunda: Que se impute la responsabilidad al contratista cuando debiera corresponder a la Administración, por hallarnos ante uno de los supuestos contemplados por el artículo 98.2 LCAP. En mi opinión, y como se desprende del art. 98.1 LCAP (que establece sobre el contratista la obligación de indemnizar *todos* los daños y perjuicios que se causen), en estos casos el contratista debería anticipar el pago, para repetir después contra la Administración, entablando la correspondiente reclamación en vía administrativa, cuya desestimación le habilitaría a interponer un recurso contencioso-administrativo⁶⁸.

67. Con ello concuerda el art. 1.3 RD 429/1993, que dispone: «Se seguirán los procedimientos previstos en los Capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

68. El art. 1.3 RD 429/1993, citado en la nota anterior, debe cohonestarse con lo dispuesto por la LCAP, que es posterior, por lo que el procedimiento de referencia será de aplicación en los siguientes supuestos: *a)* Cuando el particular opte directamente por reclamar exclusivamente a la Administración su propia responsabilidad (no así la del contratista); *b)* Cuando instado el requerimiento potestativo reconocido por el art. 98.3 LCAP, la Administración reconozca su propia responsabilidad (si proclama la del contratista, habrá que

En resumen, el reparto de jurisdicción articulado en la materia se compone de los siguientes elementos: 1.^o) Corresponde al contratista sufragar todas las reparaciones, siendo competente para conocer de las correspondientes reclamaciones el orden jurisdiccional civil; 2.^o) Tanto el contratista que hubiere indemnizado el daño previamente, como en su caso, el tercero lesionado, podrán instar la declaración previa que recoge el artículo 98.3 LCAP, que resulta impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa caso de que se resuelva mediante exclusión de responsabilidad de la Administración; 3.^o) Cuando en la declaración de referencia se determine la responsabilidad de la Administración, el sujeto accionante deberá iniciar el procedimiento general de reclamación *ex* artículos 142 ó 143 LRJ-PAC, según proceda, que concluye mediante un acto residenciable, asimismo, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conforme al régimen descrito parece que el contratista soportará el peso principal de las reparaciones debidas, lo que podría resultar contrario a la conveniencia de que sea la Administración quien sufrague las consecuencias lesivas derivadas del desempeño de los servicios públicos. Sin embargo, debe notarse que existe un mecanismo mediante el que colectivizar estas reparaciones: la suscripción de pólizas de seguros por parte de las empresas contratistas. La inclusión de los gastos que ello provoque en los presupuestos de las ofertas que los contratistas dirijan a la Administración durante el procedimiento de selección permitiría repercutir sobre los fondos públicos el coste efectivo de las reparaciones, satisfaciendo a un propio tiempo todas las necesidades enfrentadas que se manifiestan en este supuesto: por una parte, que el reparto de jurisdicción en la materia quede claro al recurrente; por otra, que sea realmente la Administración quien soporte el peso efectivo de las indemnizaciones.

Con todo ello, no se cuestiona el hecho de que la responsabilidad generada a consecuencia de un daño imputable a la Administración con ocasión de la ejecución de un contrato administrativo sea un supuesto de responsabilidad administrativa extracontractual, y no de responsabilidad extracontractual civil, culposa o cuando menos a título de simple negligencia. La interpretación que se hace persigue sencillamente articular un reparto jurisdiccional razonable en la materia, que evite la frustración de las acciones de resarcimiento actuadas por los lesionados. Como en otras ocasiones hemos afirmado, la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa es un tema adjetivo a la garantía patrimonial de los administrados, que no debe verse entorpecida en su efectividad debido a la deficiencia del reparto de jurisdicción articulado

acudir a la vía civil); c) Cuando, agotada la vía civil sin satisfacción, por mediar causas de exclusión de la responsabilidad del contratista, el particular proceda a exigirla conforme al citado procedimiento. Esta última cuestión se conecta con la imposibilidad de que el orden civil se pronuncie en materias relativas a la responsabilidad administrativa, circunstancia que se expone con mayor detenimiento en el §1 del Capítulo III.

en la materia. Personalmente, considero desproporcionado que gravite sobre la Administración el deber de indemnizar todo daño generado por el contratista, pues en la mayoría de los casos la responsabilidad será de éste, y en consecuencia, resulta conveniente que la acción judicial se dirija contra él, dejando a salvo una acción subrogatoria contra la Administración cuando el contratista haya anticipado el pago; como cláusula de cierre del sistema, debería promoverse, como postula MUÑOZ MACHADO, un mecanismo conforme al cual la responsabilidad de la Administración sea subsidiaria en los casos de insolvencia del concesionario o contratista⁶⁹. El único problema que reviste la aplicación práctica de esta solución es que descansa sobre el empleo que haga el orden jurisdiccional civil de sus propias atribuciones en la materia, y como hemos destacado con anterioridad⁷⁰, la jurisprudencia civil ha venido entendiendo de forma mayoritaria que la responsabilidad de la Administración siempre es directa cuando trae causa de la actuación de un concesionario, o de un contratista vinculado con ella. Este razonamiento, unido al criterio de la *vis atractiva* del orden civil, y a la inconveniencia de separar la continencia de la causa, determinan que, de manera mayoritaria, el orden civil se entienda competente para conocer de los recursos interpuestos contra el contratista y la administración en litisconsorcio pasivo⁷¹, condenando a ambos solidariamente, o incluso sólo a la Administración. Conforme a lo que hemos expuesto a lo largo del epígrafe, esta interpretación es contraria a la Ley y debería corregirse.

7.2. Problemas derivados de la eventual subsistencia de los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Un problema adicional que plantea el régimen anteriormente descrito es el de su solapamiento con lo dispuesto por los arts. 121.2 y 123 LEF, que no han sido expresamente derogados, y cuya regulación se circunscribe a los daños generados como consecuencia de la prestación de servicios públicos concedidos, sin extenderse a todos los contratistas de la Administración⁷². Como tuvimos

69. Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pgs. 77 y ss., y pgs. 135 y ss., quien efectúa la propuesta inspirándose en el Derecho francés, al considerar que en el nuestro todavía no se ha acogido claramente.

70. Una vez más, en Capítulo I, §1.4.

71. Criterios que se han visto confirmados recientemente por la SAP León 23 septiembre 1996 (ED 1997, 196).

72. En este sentido, afirma MARTÍN REBOLLO, L.: «La responsabilidad...» (1994), *op. cit.*, pg. 22, que esta materia sigue regulada por la LEF, tras la aprobación de la LRJ-PAC, dado que esta última no contempla la cuestión. En la misma opinión, *vid.* COBO OLVERA, T.: *Ley 30/1992...*, *op. cit.*, pgs. 660 y ss. y BOCANEGRA SIERRA, R.: «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pgs. 236 y ss. Debe notarse no obstante, que los artículos correspondientes del REF sí han

ocasión de destacar en el Capítulo I (§1.4), estos preceptos extienden el régimen sustantivo de la responsabilidad administrativa extracontractual a los concesionarios de los servicios públicos. Aparentemente, no existe contradicción entre este punto y la regulación que se desprende del compuesto normativo configurado por la Ley 30/1992 y el RD 429/1993⁷³; pero sí se trastoca, parcialmente, lo dispuesto por la Ley 13/1995: el concesionario de los servicios públicos se encontraría incluido en el régimen específico de la responsabilidad administrativa, respondiendo como si la Administración se tratara de los daños generados a terceros con ocasión de la prestación del servicio.

Ello deriva problemas hacia la determinación de la vía de reclamación, y de la jurisdicción competente para conocer de la materia. Así, el artículo 98.3 LCAP establece un procedimiento administrativo potestativo previo, que habilita eventualmente a ejercer una doble vía de reclamación: la administrativa, si el daño es imputable a la Administración, y la civil, si es imputable al contratista; el artículo 123 LEF, en cambio, dispone un procedimiento preceptivo, conforme al cual deberá exigirse en todo caso la responsabilidad del concesionario, procedimiento que desemboca en un acto residenciable necesariamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La regulación difiere claramente, y caben dos interpretaciones distintas para disipar las contradicciones que presenta la materia. *Primera*: el artículo 98.3 LCAP ha derogado materialmente el artículo 123 LEF, que ya no resulta de aplicación⁷⁴. *Segunda*: El artículo 123 LEF es ley especial referible concretamente a la prestación indirecta de los servicios públicos, por lo que sigue resultando de aplicación en este ámbito; el artículo 98.3 LCAP sería operativo en el resto de contratos administrativos. Con esta segunda visión concordaría una interpretación del artículo 98.4 LCAP⁷⁵ que refiriese su contenido a la posibilidad de que, *a*) cuando el contratista sea un concesionario de servicios públicos, se aplique el procedimiento previsto en la LEF; en el resto de los casos, serían de aplicación tanto *b*) la reclamación administrativa de responsabilidad, como *c*) el recurso por la vía civil (en estos dos últimos casos, según se trate de daños sometidos al régimen de responsabilidad administrativa o civil).

De otro lado, el artículo 162, c) LCAP dispone que corresponde al contratista «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las

sido suprimidos, en cambio, por el RD 429/1993. *Vid.* un análisis de todo ello en el epígrafe 1.4 del Capítulo I.

73. Por el contrario, GARCÍA ALVAREZ, G.: «La responsabilidad...», *op. cit.*, pg. 956, razona que el RD 429/1993 altera y modifica en este aspecto el régimen dispuesto por la LEF, razón por la que lo entiende nulo de pleno Derecho.

74. Así lo sostiene PANTALÓN PRIETO, F.: «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pg. 410.

75. «La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto»

operaciones que requiere el desarrollo del servicio, *excepto* cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración». El precepto choca frontalmente con la interpretación de que venía siendo objeto el artículo 123 LEF por una determinada corriente doctrinal, ya conocida, en el sentido de responsabilizar directamente a la Administración en todo caso, para que ésta repitiera contra el contratista la indemnización previamente satisfecha al perjudicado. Parece que, en este sentido, no cabe sino reconocer la derogación material del art. 123 LEF, o en su caso, entender que ya no resulta posible continuar sosteniendo la interpretación de que este artículo venía siendo objeto⁷⁶, pues conforme a la nueva redacción, cada parte responderá únicamente por la cuota de responsabilidad que le resulte imputable.

Sin embargo, atendiendo a los antecedentes que obran en la cuestión (expuestos, como repetidamente se ha dicho, en el Capítulo I), es posible que se reproduzcan los planteamientos enfrentados que ya existían en este tema antes de la aprobación de la LCAP. Previsiblemente, y como sucede con muchos de los problemas existentes en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, también en este caso se producirá una ingente conflictividad práctica⁷⁷, perviviendo líneas jurisprudenciales enfrentadas entre sí, tanto entre diferentes órdenes jurisdiccionales, como en el seno de un mismo orden jurisdiccional (en este caso, el contencioso-administrativo). Por consiguiente, en lugar de aplicarse un sistema de dualidad sustantiva y jurisdiccional, y de trilogía procedimental, como el que parece querer la Ley, en la práctica se restablecerá el clásico sistema de libre opción de jurisdicción por el sujeto dañado (desconocido por la Ley, pero evidente en la jurisprudencia), lo que no es lo mismo, y no resulta conveniente, aunque quede preservado a toda costa el derecho al resarcimiento económico del tercero lesionado⁷⁸. Una vez más, debe recordarse que esta materia se encuentra requerida de un mayor rigor normativo y de un mejor grado de certeza jurídica por parte del legislador. Considero, en este sentido, que debería

76. En el mismo sentido, BAÑO LEÓN, J. M.: «El contrato de gestión de los servicios públicos», en *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, pg. 689.

77. En el mismo sentido, como ya se dijo, SUAY RINCÓN, J.: «Ejecución...», *op. cit.*, pg. 413.

78. A título práctico, se ha sostenido que la mejor defensa jurídica de los particulares estriba en recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, preferiblemente entablado una demanda conjunta contra la Administración y el contratista o concesionario; cfr. DE ANGEL YAGÜE, R.: *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 456: «demandar sólo al contratista, reviste una dosis considerable de riesgo, ya que de ordinario no le será fácil al perjudicado, antes de entablar su demanda, conocer las circunstancias del desarrollo de la obra pública de forma que le permita saber con seguridad que en la actuación de la Administración no concurrió culpa alguna, ni en la redacción del proyecto ni en la dirección o supervisión de los trabajos». Debe tenerse en cuenta que la afirmación tiene lugar antes de la aprobación de la LCAP, la cual, como hemos apuntado, modifica el régimen de la materia.

procederse a la derogación expresa de los artículos 121 a 123 LEF, para unificar de este modo el régimen jurídico de la materia en la LCAP; o bien, proceder a una reforma de la LRJ-PAC que reúna el conjunto de disposiciones relativas a la responsabilidad administrativa extracontractual, y derogar al propio tiempo los preceptos que regulan esta cuestión tanto en la Ley de Expropiación Forzosa, como en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁷⁹.

8. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Como quedó expuesto anteriormente (§3.1), las corporaciones de Derecho público parecen quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992, como consecuencia de lo dispuesto por su Disposición Transitoria 1.^a⁸⁰. Ello se enfrentaría con su calificación como administraciones públicas, que sostienen tanto el Tribunal Constitucional⁸¹, como ciertos autores⁸², pues si verdaderamente lo son, deberían someterse al mismo régimen de responsabilidad que las restantes administraciones, por imperativo del artículo 149.1.18.^a CE, que postula un régimen común de responsabilidad de *todas* las administraciones públicas.

8.1. Las corporaciones de Derecho público quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992.

Como ya sabemos, ésta es la interpretación doctrinal más extendida, a pesar de que los propios autores que la sostienen reprochan que se haya excluido a

79. Este propósito es el que inspira la propuesta de reforma legislativa que se incluye al final de este trabajo.

80. La Disposición Transitoria primera de la Ley dispone que «Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda».

81. Así, principalmente, la STC 76/1983, de 5 agosto (RTC 1983, 76), que entiende que las corporaciones de Derecho público son administraciones públicas en la medida que ejercen funciones públicas, aunque no en el resto de vertientes de su actividad.

82. Entre otros, COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual...*, *op. cit.*, pg. 320 y ENTRENA CUESTA, R.: *Curso...*, *op. cit.*, pg. 239.

En cambio, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 381 y ss., sostienen asimismo que las corporaciones de Derecho público son administraciones públicas *secundum quid*, a pesar de que matizan esta afirmación en los siguientes términos: «más que de tal identificación subjetiva entre

las corporaciones de Derecho público del ámbito de aplicación de la LRJ-PAC. Ello supone que el régimen de responsabilidad de estas instituciones será el que resulte de su legislación específica. Un análisis pormenorizado de las normas reguladoras de las corporaciones de Derecho público nos permite comprobar la ausencia de referencia expresa al reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad extracontractual, aunque existan previsiones generales que establecen la dualidad de régimen jurídico de estas instituciones, sometidas al Derecho administrativo en la medida que ejercen funciones públicas, y al Derecho privado cuando no lo hacen, lo que se corresponde ulteriormente con el régimen de impugnación de su actividad, repartido conforme al mismo criterio entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa⁸³. Al no aparecer una solución claramente establecida por la legislación específica sobre el régimen jurídico de su responsabilidad extracontractual, cabe plantearse dos respuestas diferentes en relación con el orden jurisdiccional competente en la materia.

La *primera*, vendría representada por la posibilidad de considerar que se aplica en este caso el régimen general de impugnación de los actos dictados por las corporaciones de Derecho público; esto es, la vía contencioso-administrativa cuando se trate del desempeño de funciones públicas, y la vía ordinaria cuando se actúe con sujeción al Derecho común. Ello supondría el mantenimiento de la dualidad jurisdiccional tradicional en materia de responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas, dualidad restringida ahora a la actividad de las corporaciones de Derecho público.

La *segunda* posibilidad radica en la consideración de que la legislación reguladora de las corporaciones de Derecho público ha de ser adaptada a la Ley 30/

Corporaciones de base privada y Administraciones Públicas podría hablarse, más técnicamente, de que aquéllas vienen a actuar como verdaderos agentes descentralizados de la Administración».

83. Vid. art. 8.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (este régimen no ha sido alterado por la reciente Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales), el art. 24.1 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y el art. 3 de la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, de Cámaras Agrarias, entre otros. De otro lado, las recientes monografías dirigidas a analizar el régimen jurídico de las corporaciones de Derecho público no abordan directamente el tema del régimen jurídico y jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual; *vid* MARTÍN REBOLLO, L.: «Régimen jurídico de los Colegios», en *Los Colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 184 y ss.; DEL SAZ CORDERO, S.: *Los colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996 y REBOLLO PUIG, M. y otros: *Régimen jurídico de las cofradías de pescadores*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996. En todas estas obras se señala, sin embargo, la dualidad de regímenes jurídicos que les resulta aplicable en la medida que ejerzan o no potestades administrativas.

1992, y que en tanto esto no suceda, debe aplicarse esta Ley «en lo que proceda» (Disp. Transit. 1.ª LRJ-PAC). En tal sentido, resultaría de aplicación a estas instituciones lo prevenido por el artículo 2.2 de la Ley, lo que determina la bifurcación de la respuesta en dos alternativas diferentes: *a)* Las corporaciones de Derecho público se someten al régimen de responsabilidad del Título X cuando ejerzan potestades administrativas, por lo que sólo en este supuesto la responsabilidad extracontractual sería exigible conforme a lo dispuesto por la Ley 30/1992; y *b)* las corporaciones de Derecho público se someten a esta regulación en el conjunto de su actividad, siendo competente en todo caso la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad extracontractual.

8.2. Las corporaciones de Derecho público deberían encontrarse parcialmente incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992.

Según un sector doctrinal, citado en el epígrafe 3.1 de este Capítulo, las corporaciones de Derecho público deberían regirse por lo dispuesto en la Ley 30/1992 en la medida que, como sostiene el Tribunal Constitucional, participan de la naturaleza de administraciones públicas. En tal caso, la solución a postular acerca del reparto de jurisdicción en materia de responsabilidad administrativa también presentaría dos alternativas posibles, equivalentes a las analizadas en el punto anterior, en relación con la aplicación transitoria del artículo 2.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

8.3. Un primer posicionamiento del Tribunal Supremo en la materia.

El Tribunal Supremo ya se ha decantado en el asunto, como se desprende de la STS (Sala 3.ª) de 5 febrero 1996 (RJ 1996, 987), que sostiene:

El Consejo General de Farmacéuticos está sujeto a las normas sobre régimen jurídico de las administraciones públicas, incluida la responsabilidad patrimonial, en cuanto ejercita, como es el caso, potestades administrativas, tal y como se infiere de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera en concordancia con el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al tiempo que el artículo 1.2, c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que se entenderán como Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley las Corporaciones o Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local, relación tutelar que existe entre los Colegios Profesionales y la Administración del Estado a través del Ministerio correspondiente.

La sentencia merece varios comentarios diferentes. El *primero*, que en el caso del que conoce no resulta de aplicación la LRJ-PAC⁸⁴, por lo que esta afirmación del Tribunal es más una advertencia dirigida a futuros asuntos, que una doctrina útil para resolver el comentado, lo cual le dota de mayor interés relativo, por cuanto supone una toma de posición que no había sido reclamada y no reporta utilidad alguna sobre la resolución del caso, pero que se efectúa claramente por parte del Tribunal, condicionando de este modo su doctrina posterior en la materia.

El *segundo*, que el pronunciamiento no aclara por qué razón se le aplica a las corporaciones de Derecho público el Título X LRJ-PAC: si debido al régimen transitorio que la Ley prevé, o bien por suscripción de la doctrina académica que entiende aplicable esta Ley a las corporaciones de Derecho público siempre que ejerzan potestades administrativas, y con independencia de todo período transitorio. Esta inquietud no puede resolverse actualmente: requerimos otros pronunciamientos aclaratorios posteriores. Considero, no obstante, que debido a la referencia que efectúa la sentencia a la Disposición Transitoria 1.^a, su filosofía parece dirigirse a ponderar la existencia de un período transitorio, más que a entender que este régimen jurídico se aplicará en todo caso como derivación del artículo 2.2 LRJ-PAC; sin embargo, insisto en que la sentencia no es concluyente en este punto. Lo que nos interesa retener de la misma es el reparto de jurisdicción que, al menos provisionalmente, establece en relación con la responsabilidad extracontractual de las corporaciones de Derecho público: corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, si el daño es resultado del ejercicio de potestades administrativas; y corresponde a la jurisdicción civil si no se ejercen tales potestades.

El *tercero* es que, en la medida que se establece la dualidad jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de las corporaciones de Derecho público, ello siembra la inquietud sobre la unificación de la competencia en beneficio de la jurisdicción contenciosa en materia de responsabilidad extracontractual de los entes de Derecho público a que hace referencia el artículo 2.2 LRJ-PAC. El asunto fue abordado en su lugar (*supra*, §3.2), sin que requiera ahora mayores precisiones, aunque convenga destacar la perturbación que comporta el pronunciamiento en examen a cuanto allí se sostuvo. En mi opinión, la delimitación que refleja la sentencia resulta aceptable en la medida que suponga una manifestación concreta del reparto de jurisdicción general aplicable en relación con la actividad de las corporaciones de Derecho público; se trataría así de identificar la clásica expresión «ejercicio de funciones públicas», con la actualmente imperante de «ejercicio de potestades administrativas» que aparece

84. El recurso en primera instancia fue interpuesto frente a una Resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de 13 diciembre 1990.

en la sentencia, sin que el acomodo de las corporaciones de Derecho público al régimen de responsabilidad objetiva resulte del artículo 2.2 LRJ-PAC, derivándose, en cambio, de la estructura tradicional de su régimen jurídico, apoyada sobre la doble naturaleza de la actividad que desempeñan. Es decir, que en este aspecto resulta coherente con el régimen jurídico vigente de aplicación transitoria (en tanto se promueva su modificación y adaptación), la dualidad jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de un mismo ente (corporación de Derecho público), consecuencia que debe extraerse de su régimen jurídico general (dualidad en la aplicación de Derecho público y privado), y no del artículo 2.2 de la LRJ-PAC. Ello se corresponde, asimismo, con el artículo 2, c) del Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997, que atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas; previsión que alcanzaría a la responsabilidad extracontractual en que se incurra con ocasión del ejercicio de tales funciones.

Y el *cuarto y último* comentario consiste en recordar la notable ambigüedad semántica que presenta hasta la fecha el concepto de potestad administrativa, el cual, atendiendo a circunstancias como las que acaban de describirse, se encuentra perentoriamente requerido de encuadre y precisión terminológica, de manera que pueda señalarse con exactitud cuándo nos encontramos en presencia de una potestad administrativa, y cuándo ante otra figura jurídica diferente, dado que este criterio es el determinante de la aplicación del Derecho administrativo en gran número de supuestos.

8.4. Crítica. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 abril 1996.

Todo lo expuesto anteriormente es la consecuencia inevitable de aplicar estos dos presupuestos: *a)* las corporaciones de Derecho público gozan parcialmente de la naturaleza de administraciones públicas, por lo que deberían encontrarse incluidas en el régimen de responsabilidad de la Administración cuando ejerzan potestades administrativas; *b)* la Disposición Transitoria 1.^ª LRJ-PAC excluye de su ámbito de aplicación a las corporaciones de Derecho público, y a pesar de la eventual inconstitucionalidad de la exclusión, ésta representa un Derecho positivo vigente que debe respetarse en tanto no se anule o derogue.

El planteamiento parece desconocer las críticas doctrinales que tradicionalmente se han opuesto a la dualidad jurisdiccional articulada en relación con la responsabilidad extracontractual en que incurra *un mismo sujeto*. Y en efecto, sería preferible postular en todo caso una delimitación más estricta que simplifi-

que al recurrente la determinación del orden jurisdiccional ante el que ha de sustanciar su demanda. En este sentido parece haber interpretado el orden jurisdiccional civil el régimen de reparto jurisdiccional articulado por la LRJ-PAC. Así, la SAP Zaragoza de 30 abril 1996 (ED 1996, 1507), que conoce de una reclamación dirigida contra una comunidad de regantes, analiza en primer término la unificación de procedimientos de reclamación de responsabilidad extracontractual que la Ley lleva a cabo, resaltando la competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en orden a conocer de todas las pretensiones de indemnización, ya se hayan originado los daños en relaciones de Derecho público o privado. Con base en ese análisis efectúa después esta apreciación:

Atendiendo al carácter público que ostenta la Comunidad demandada, es indudable que los daños producidos por la deficiente conservación de sus propiedades, no existiendo ninguna otra persona de carácter privado que haya sido demandada y cuyo fuero ordinario pudiera atraer a la Jurisdicción Pública, debe ser esta última citada la competente para conocer de la antedicha reclamación, en virtud de las disposiciones que han quedado expresamente citadas en los anteriores considerandos, procediendo por tanto el acogimiento de la meritada excepción de incompetencia de jurisdicción con los efectos que le son propios.

El pronunciamiento, de carácter aislado, no puede servir para forjarse una opinión definitiva de la doctrina que se seguirá en el orden civil en estos asuntos, pero entiendo que su planteamiento es acertado. No obstante, debe ponderarse su contradicción con el anteriormente expuesto, del orden contencioso-administrativo, que se entiende competente para conocer de la materia tan sólo en la medida que se ejerzan funciones públicas. La incompatibilidad de planteamientos podría desembocar en la aceptación simultánea de excepciones de jurisdicción por parte de los dos órdenes jurisdiccionales, en relación con un mismo tipo de asuntos, pues en atención a lo expuesto, ningún orden jurisdiccional se estima competente para conocer de los daños derivados de las actuaciones realizadas por las corporaciones de Derecho público al margen del ejercicio de potestades administrativas, materia que queda, en la práctica, desprovista de tutela judicial efectiva. Resulta conveniente, por tanto, reconducir alguna de estas doctrinas, y en este sentido, comparto el criterio del orden civil, que atribuye al contencioso-administrativo la competencia exclusiva en la materia, con base en los mismos argumentos que tuvimos ocasión de exponer en el §5 de este Capítulo, en relación con las entidades de Derecho público, y su completa adscripción al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual.