

JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ

TEMAS DE RESPONSABILIDAD



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Primera edición, 2005

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2005 José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

Deposito legal: M-39901-2005

Maquetación: Rebeca Irazábal

Impreso en GRÁFICAS JUMA
C/ Montes de Toledo, 19
28830 San Fernando de Henares - MADRID

Índice

Presentación	7
Capítulo I. Un poco de historia en materia de responsabilidad del Estado	9
Capítulo II. Responsabilidad administrativa y responsabilidad civil derivada de delito de los funcionarios	49
Capítulo III. Desistimiento en la expropiación forzosa y vía de reclamación	81
Capítulo IV. Los resarcimientos públicos	107
Capítulo V. El deber público de resarcir los daños sufridos por los funcionarios en sus vehículos particulares con ocasión de una comisión de servicio	131
Capítulo VI. La indemnización pública de los daños sufridos por los usuarios de las carreteras	141
Capítulo VII. Prisión preventiva y obligación estatal de indemnizar	165

Capítulo VIII. Fuerza mayor y contrato de gestión de servicios públicos	173
Capítulo IX. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y jurisdicción militar	183

Se recogen en este pequeño volumen diversos trabajos con el denominador común de versar sobre cuestiones de responsabilidad. En los sucesivos Cursos Especiales de Procedimiento Administrativo y Jurisdicción Contencioso-administrativa y Jornadas sobre Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas, organizados por la Escuela de Práctica Jurídica, he ido desgranando diversos temas que han servido de base para el análisis y el debate con los asistentes. Algunos de esos temas no han perdido actualidad, razón por la cual ven ahora la luz reunidos en este trabajo.

* * *

La mayoría de las ideas aquí recogidas son fruto de las experiencias habidas en el ejercicio profesional y en las diferentes Secciones del Consejo de Estado. Es de justicia traer a la memoria a aquellos compañeros del Cuerpo de Letrados con quienes aprendí, comenté y

discutí sobre estos temas: Pelegrín de Benito Serres, Jesús Romeo Gorría, Jesús Fueyo Álvarez, Manuel Alonso Olea, Federico Silva Muñoz, José Suay Milio, Pedro Sanz Boixareu y Manuel Delgado-Iribarren. Y a aquéllos con quienes hoy día sigo haciéndolo, con espíritu calificado por alguno de talibán, dentro y fuera del Consejo: Álvaro Alonso-Castrillo, José María Martín Oviedo, Luis María Domínguez Rodrigo, Guadalupe Hernández-Gil, José Luis Palma, Rosa Collado Martínez, María Presedo Rey, Ana Santamaría Dacal, José Joaquín Jérez Calderón, Lucas Blaque Rey, José Amérigo Alonso y Pilar Cuesta de Loño.

* * *

La idea de responsabilidad es propia de la cultura occidental. Está presente en ésta desde sus orígenes. La satisfacción de responsabilidades es el fundamento de la tranquilidad, hija del derecho, escribió Demetrio Faléreo. Y el Viejo Oligarca cuenta que Pericles y Protágoras de Abdera pasaron un día discutiendo quiénes eran más culpables, cuando un muchacho moría accidentalmente por el lanzamiento de una jabalina: el lanzador o los que dispusieron la competición. Dos mil quinientos años después la discusión, en otros términos, sigue vigente.

CAPÍTULO I

UN POCO DE HISTORIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. La responsabilidad de la Administración pública se incardina en el ámbito de la responsabilidad civil (VILLAR PALASI, *Apuntes de derecho administrativo*, parte general, tomo II, Madrid, 1977, pág. 469). La producción de daños a resultas de la actuación administrativa es un fenómeno real y cotidiano; de fácil comprobación. Sostener lo contrario es una afirmación contra natura: aunque hay quien la hizo. Unas veces, los daños los causa la Administración como sujeto privado. Otras veces, instituida de poder público, de poderes exorbitantes. Cuando actúa de esta última forma, la Administración pública puede dañar al imponer sacrificios forzosos a los particulares mediante institutos singulares como son la expropiación forzosa, el incumplimiento deliberado de un contrato... Pero también puede producirlos al actuar por medio de sus agentes o funcionarios (TENA YBARRA, “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”

en *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pág. 177.

2. Los libros dicen que, históricamente, un dogma se opuso a la posibilidad de imputar responsabilidad civil a la Administración pública: el de la plenitud jurídica del soberano. Son conocidas las manifestaciones de este principio: “*lo que el príncipe quiere tiene vigor de Ley*” o aquél de “*princeps legibus solutus*”. Por consiguiente, no era concebible que el príncipe pudiera cometer un acto ilícito; y, siendo el acto ilícito la base de la responsabilidad, no se podía afirmar su existencia. La teoría de la irresponsabilidad del Estado se afirmaba en el famoso apotegma: “*The King cannot do wrong*”. El Rey no podía cometer daño.

Las reglas exorbitantes aplicables al derecho del príncipe —y entre ellas la de su irresponsabilidad— nacieron, a partir de 1250, en primer lugar, por trasplante de los privilegios eclesiásticos y, en segundo lugar, por la construcción de ficciones por los doctrinarios de la curia regia para expandir los citados privilegios y con ello alcanzar la equiparación entre la Administración y la dote o el menor de edad.

La doctrina de la irresponsabilidad germinó en los teóricos curiales: en ROLANDINO PASSAGIERI, en ALBERTO DA GANDINO y en GUGLIELMO DURANTE, primeros iuspublicistas europeos; entre la Escuela de Nápoles (ANDREA DE ISERNIA, NICOLAS SPINELLI, LUCCA DA PENNE); en ANDREA ALCIATO y su opositor TIBERIO DECIANI (FEENSTRA, *Fata iuris romani*, Leyde, 1974, págs. 216 y ss.).

Los fundamentos teóricos de la irresponsabilidad del príncipe encontraron acomodo, primeramente, en

la equiparación entre Administración o gobierno con la situación del menor. Se decía que, en el derecho romano, el menor era irresponsable (IGLESIAS, *Derecho romano*, Madrid, 1999, pág. 94) y, por tanto, también lo era el príncipe. Y el segundo fundamento se halló en la utilización de la doctrina del dominio eminente. La posibilidad de que el príncipe privase a los particulares de sus propiedades privadas fue configurada por los teóricos curiales antes citados sobre la base de la tesis de “*super eminente potestad*”. Si el príncipe tenía un derecho eminente sobre todas las cosas del reino, es claro que las lesiones que causara a dichas cosas no tenían que ser indemnizadas o compensadas; porque nadie se indemniza a sí mismo.

Este planteamiento tuvo posteriormente dos derivaciones: uno, la atinente a la responsabilidad, que permaneció invariable; otro, la de las privaciones (*ablatio*), que evolucionó por derroteros distintos. En un momento dado, se planteó la cuestión de si el príncipe podía privar a los particulares de sus cosas propias invocando el dominio eminente, contestándose negativamente: surgió así la doctrina de las ablaciones (*auferre rem ad privatos*). Y, sólo después, trabajosamente, tras las aportaciones de GROCIO y PUFFENDORF, se afirmó tal posibilidad si concurría una causa de utilidad pública. VILLAR PALASI (*Técnicas remotas del derecho administrativo*, Madrid, 2001, pág. 41) puso de manifiesto que, en el derecho regio, se distinguió entre *ablatio singularis* frente a la *ablatio per viam statuti generalis*, basada en la *publica utilitate vel necessitate servata* y en la *iusta seu condigna recompensatio*, generando sólo la segunda la obligación de compensar. La doctrina se esbozó en GREGORIO LÓPEZ y

HERMOSILLA, en sus comentarios a las leyes de Partidas, generalizándose después en nuestra primera doctrina administrativa: en SALGADO, VALENZUELA, LARRERA, SOLORZANO, COVARRUBIAS y PÉREZ VALIENTE, quien escribió:

“Non solum ut aequius, ac humanius, sed etiam ut verius atque iuris ratione convenientius apud classicos scriptores est in confesso quod principi non licet privato suum substrahere, nisi ob publicam necessitatem aut utilitatem, et nisi simul refuso pretio”.

Este criterio estuvo vigente en el derecho anglosajón hasta 1946 en los Estados Unidos y hasta 1947 en Inglaterra. Lo sorprendente, señala VILLAR PALASÍ (*Apuntes...*, parte general, tomo II, pág. 471), es que dicho principio perviviera cuando los supuestos jurídico-políticos sobre los que se edificaba se habían superado. En concreto, que se siguiera afirmando dicho principio cuando el Estado ya se concebía como una persona jurídica sujeta al derecho; como Estado de Derecho.

3. Es un hecho verificable, sin embargo, que el principio de inmunidad del príncipe o del Estado por hechos ilícitos o de irresponsabilidad del Estado se prolongó durante todo el siglo XIX y gran parte del XX; en nuestra Patria, hasta 1954. Y la razón teórica de ello hay que encontrarla en la noción de soberanía. El Estado, decía MANTELLINI (*Lo Stato e il codice civile*, I, pág. 148), era el orden jurídico y, por ende, todo aquello que infringía la Ley, no podía ser imputado al Estado. LAFERRIERE, que es el creador de la moderna escuela de derecho administrativo francés, sentó una frase que hizo fortuna: *“Lo propio de la soberanía es im-*

ponerse sin compensación". De esta manera, los daños patrimoniales ocasionados por el Estado con motivo de su actuación debían considerarse cargas públicas, caso fortuito (SCOLARI). Los daños causados por el Estado eran una carga pública más, que los administrados estaban obligados a soportar por el hecho de ser súbditos.

Ahora bien, la explicación de la anomalía expuesta es, como ha señalado VILLAR PALASI (*Apuntes...*, parte general, tomo II, pág. 471), relativamente sencilla. La afirmación de la inmunidad de la Administración en relación con los daños causados con ocasión de su actividad fue consecuencia de la insuficiente construcción dogmática de la institución de la responsabilidad civil. Y es que, en el derecho civil, la responsabilidad sólo se explicaba en virtud de la teoría de la culpa. La teoría de la culpa había constituido —y todavía hoy lo sigue siendo— el gozne sobre el que pivotaba la responsabilidad. Partiendo de la teoría de la culpa como base de la responsabilidad civil, no era concebible una culpa imputable a la Administración. Cuando la culpa existía en el actuar administrativo no era imputable a la Administración, sino directamente a sus agentes, a sus funcionarios (ROYO FERNANDEZ-CAVADA, *La responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1933, pág. 9). Y ello por cuanto la Ley ni autorizaba, ni imponía a éstos actuaciones culposas. Por consiguiente, al explicarse en virtud de la teoría de la culpa todos los daños, se impedía la posibilidad de afirmar una culpa propia de la Administración, distinta de la de sus agentes. Un ejemplo de ello, quizás extremo, lo fue el artículo 1903 del Código Civil patrio, en su redacción originaria.

4. El sistema descrito presentaba inconvenientes teóricos y prácticos de gran importancia.

Los inconvenientes prácticos giraban en torno a los funcionarios y en torno a los administrados (VILLAR PALASI, *Apuntes...*, parte general, tomo II, pág. 472). En torno a los funcionarios, puesto que, si los daños ocasionados por la Administración eran imputables en todo caso a una negligencia de los funcionarios intervinientes, se producía una natural reluctancia de éstos a actuar en los ámbitos más propicios a ocasionar daños. Por ello, se hizo preciso garantizar a los funcionarios un margen de negligencia excusable, dentro del cual podían actuar sin responsabilidad personal. Además, dicha observación tuvo un gran relieve al vincularse con la idea de que la Administración era una vasta organización impersonal en la que, a veces, era muy difícil localizar a quién era imputable la negligencia que había ocasionado la irregularidad en el funcionamiento del servicio. Consecuencia de lo expuesto fue la aparición de la denominada *teoría de la falta del servicio*. Entre las irregularidades del servicio público causante de daños surgió una distinción, a saber: una irregularidad separable, autónoma (*faute détachable*), grave e imputable directa y personalmente al funcionario y una irregularidad anónima, impersonal, difícilmente localizable en funcionario concreto y predicable genéricamente del servicio (*faute incluse* o falta del servicio). Surgió, en fin, la distinción entre la falta personal del funcionario y la falta del servicio.

En relación con los administrados, el inconveniente primordial de la responsabilidad culposa del funcionario era la de que, en muchos casos —quizás la ma-

yoría—, éste era insolvente para afrontar el pago de las indemnizaciones derivadas de los daños causados.

Los inconvenientes teóricos de la doctrina de la culpa también se pusieron de manifiesto. No tanto referidos a la actuación de la Administración, sino de los particulares. Y es que había una multitud de supuestos en los que los daños se causaban sin falta, sin culpa: unas veces, porque eran daños buscados, como en el caso de la expropiación forzosa; otras ocasiones, porque se trataba de daños derivados de situaciones de riesgo en las que no cabía apreciar culpa alguna. Tradicionalmente, en materia de responsabilidad extracontractual, sólo se concebía una basada en la culpa. Ahora bien, tal criterio no era del todo cierto. Ya el derecho romano contempló las situaciones de riesgo objetivo como determinantes de daños y concedió acciones para obtener un resarcimiento (*actio deiectis et effussis*, *actio de posito et suspenso*, *actio de pauperie*), si bien con voluntad de subjetivizar (*culpa in vigilando*, *in eligendo*). Las postrimerías de la centuria decimonónica conocieron la afirmación de la doctrina del riesgo en el derecho civil. Con base en ella, aquellos daños originados como consecuencia de los riesgos creados por una persona, debían ser asumidos por ésta. Esta doctrina encontró acomodo legal primeramente en materia de accidente de trabajo: el patrono pasó a responder, no por la doctrina de la culpa, sino por la doctrina del riesgo de los accidentes de trabajo que sufrían los trabajadores. Después, dicha doctrina pasó de lleno al derecho civil, explicando una serie de supuestos tradicionales de este derecho y, en especial, los llamados casos de responsabilidad por hechos de las cosas.

La revisión crítica de la doctrina de la culpa tuvo su reflejo en el ámbito del derecho público. El movimiento revisionista de la doctrina de la inmunidad del Estado por daños ocasionados a los administrados provocó el ensayo de múltiples construcciones teóricas, de distinto contenido y ámbito. Baste recordar alguna de ellas.

Unas sostenían que el Estado debía responder, al menos, de los daños causados a consecuencia de determinadas actividades. Así, sobre la base de distinguir entre actos de imperio y actos de gestión (GIRIODI, BERTHELEMY), se afirmó que la Administración quedaba sujeta a las reglas generales de la responsabilidad en el caso de daños producidos por los segundos. También se distinguió entre actividad jurídica y actividad social de la Administración, considerándose que los daños producidos por la segunda debían ser indemnizables con arreglo a los criterios del derecho civil (ORLANDO). La cuestión difícil sin embargo se centró en la definición de qué eran actos de imperio o actividad jurídica y qué actos de gestión o actividad social (ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA, *La responsabilidad...*, págs. 11 y ss.).

La insuficiencia de los planteamientos expuestos llevó a soluciones teóricas que admitían la responsabilidad del Estado por todos sus actos. Si los funcionarios actuaban como órgano de la Administración, ésta era la que debía responder (teoría del órgano de BESELER y de GIERKE, teoría del mandato de LUZÓN, teoría de la garantía de ZACCHARIE, GERBER y MEYE y teoría de la representación o de la *actio institorice* de MEUCCI) (ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA, *La responsabilidad...*, págs. 11 y ss.). Estas doctrinas, basadas en el

derecho privado, tenían enormes dificultades de articulación. De ahí que se formularan otras desde planteamientos de derecho público. La doctrina de la igualdad ante las cargas públicas de TESSIER y DUEZ tuvo tanto éxito que todavía hoy se afirma: los daños ocasionados por la Administración eran verdaderas cargas públicas, puesto que eran el precio del funcionamiento del aparato del Estado. La falta de reparación de dichos daños comportaría el gravamen singular del lesionado. La afirmación de la obligación de indemnizar suponía, por el contrario, una generalización del daño, puesto que los fondos con los que se indemnizaba procedían de los impuestos y por tanto eran abonados por la colectividad. En otros términos, a través de la indemnización, se generalizaba el daño producido (MAYER y STENGEL). Y, en fin, la doctrina del enriquecimiento injusto (ALEXANDRESCU), explicaba la indemnización en los casos en que el empobrecimiento del administrado iba acompañado de un enriquecimiento por parte de la Administración.

El movimiento doctrinal de revisión de la inmunidad de la Administración pública se acogió primero en el ámbito jurisprudencial y, después, en el legal. Dicho movimiento se inició con una famosa decisión del Tribunal de Conflictos francés de 1873, siendo acogida por el Consejo de Estado poco después (*Arrêt Blanco*). Se afirmó la idea de que el Estado debía indemnizar los daños patrimoniales causados a los particulares. Dicha doctrina sin embargo no fue transunto de la civil; antes al contrario, se trataba de una doctrina de perfiles propios, que no podía ser ni general, ni absoluta; ni regirse, en fin, por las normas de derecho civil. Pese a todo, fue abriéndose paso poco a poco, de

tal suerte que, en Francia, pudo estimarse consolidada en 1910.

Los demás Estados siguieron la misma tendencia, alcanzando su máxima fuerza en Alemania. El Código Civil, en sus artículos 31 y 89 declaró la responsabilidad del Estado, como la de cualquier otra persona jurídica, en el caso de que actuara sometido al derecho privado. Las leyes de los Estados declararon, por su parte, sin ambages la responsabilidad directa de la Administración y la de los entes locales: las leyes de 9 de junio de 1899 de Baviera, de 28 de julio de 1899 de Württemberg, de 17 de junio de 1899 de Baden, de Lübeck, de Prusia de 1 de agosto de 1909 o del Reich de 22 de mayo de 1910. Hasta tal punto cobró fuerza la declaración de responsabilidad del Estado que la Constitución de Weimar de 1919 la acogió. En su artículo 131, se llevó a un texto constitucional, por primera vez, la responsabilidad del Estado. Se consideró que era una exigencia del Estado de derecho. Y es que JELLINECK había puesto de manifiesto que, para la existencia de éste último, era precisa la individualización del Estado, mediante la afirmación de que era persona jurídica, y su sometimiento al derecho sobre la base de dos principios, a saber: el de distribución del poder, que distinguía entre potestades del Estado y derechos de los ciudadanos, y el de organización del poder, que lo configuraba conforme a la división de poderes.

A partir de entonces, la idea de responsabilidad del Estado encontró eco en las legislaciones más dispares. El artículo 99 de la Constitución de 29 de marzo de 1923, de Rumanía, declaró, por primera vez, la responsabilidad del Estado por la actividad reglamentaria y por la legislativa. El artículo 15 del Código Civil

brasileño de 1 de enero de 1916 declaró la responsabilidad directa, sin excepciones, del Estado respecto de los daños causados por sus funcionarios. Idéntica regla se introdujo en el derecho japonés en el artículo 44 del Código Civil.

En España, precisamente por influjo de la Constitución de Weimar, se plasmó también en la Constitución republicana de 1931 la afirmación de la responsabilidad del Estado, si bien se trató de una norma que nunca fue desarrollada, teniendo sólo valor programático.

5. Hasta aquí la historia libresca, reflejo de las opiniones de los autores y de los doctrinarios. Decía Francis BACON que toda investigación requiere un previo examen de los prejuicios (*idola*), que pueden ocultar la verdad, y que un buen punto de partida para investigar es dudar. Los prejuicios a excluir en toda investigación histórica o jurídica son primordialmente los *idola theatri*, los prejuicios de autoridad, fundados en el prestigio de que algunos gozan en el escenario público y que pueden comprometer la visión directa y personal de las cosas y extraviar la opinión recta. Esta actitud tiene una primordial importancia en el caso de las investigaciones históricas puesto que muchas de las afirmaciones jurídicas, y especialmente las propias del derecho público, no son sino construcciones interesadas de juristas al servicio del poder, del príncipe, de los intereses concretos. En el derecho público, y especialmente en el administrativo, antetodo, se da una peculiaridad: la conexión directa entre las normas, técnicas y categorías jurídicas con la realidad política de cada Estado. El derecho adminis-

trativo no es sino el fruto de una ingestión de ideas políticas y de una progresiva tecnificación jurídica (VILLAR PALASI, *Derecho administrativo, Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pág. 4). Toda cuestión administrativa es a la vez técnica, jurídica y, sobretudo, política. Todo iuspublicista es un ideólogo encubierto, que elabora su sistema antes de abrir los ojos a la realidad y que, después, a la fuerza, encaja esa realidad en la estructura preconcebida.

La actitud de observar las afirmaciones de muchos autores con espíritu crítico debe hacerse especialmente intensa en el caso de que esos tratadistas sean estudiosos del derecho público. Y es que una característica peculiar de la construcción científica del derecho administrativo español ha sido su desenfundada y peligrosa porosidad de la doctrina extranjera (VILLAR PALASI, *Derecho...*, pág. 7), olvidándose de que, como señalaba ORTEGA, las formas de cultura —y el derecho es una de ellas— son intransferibles.

A la vista de la construcción teórica expuesta, en el Medioevo, en la Modernidad y hasta bien entrada la pasada centuria, la irresponsabilidad del príncipe y de la Administración han sido completa. Ahora bien, tal afirmación se contradice con las fuentes históricas. Es cierto que no hubo en el pasado una afirmación de la responsabilidad tan amplia como la presente, pero de eso a negar la responsabilidad pública va un largo trecho. La responsabilidad vigente es fruto de la sociedad masa, del hombre masa, como bien expuso ORTEGA: *“Imagínese que sobreviene en la vida cualquier dificultad, conflicto o problema: el hombre masa tenderá a exigir que inmediatamente lo asuma el Estado, que se encargue directamente de resolverlo, con sus gigantescos e incontables*

medios". Pero que antes de la aparición del hombre masa hubo responsabilidad pública es innegable. Más cuando los dos principios sobre los que los juristas regios construyeron el dogma de la irresponsabilidad del príncipe no son ciertos. El aforismo "*princeps legibus solutus*" es una interpolación del Digesto, demostró CALASSO en su tesis doctoral. "Lo que el príncipe quiere tiene vigor de ley" es otra interpolación de la Summa Rolandina, según acreditó MEIJERS (*Etudes d'histoire du droit*, IV, Leyde, 1966, págs. 190 y ss.) hace ya casi un siglo.

La responsabilidad civil del poder público se deriva originariamente de su actuación como titular de un patrimonio, en donde se acerca a la figura de un particular. En la monarquía visigoda, en la que se distinguía entre los bienes que el rey ganaba en el reino como pertenecientes a éste y los que heredaba, compraba o adquiría a título privado y de los que podía disponer libremente, se prevenía la restitución por él de aquellos bienes que tomaba por fuerza o engaño. En la Reconquista, y procediendo de Italia, se generalizó la figura del procurador fiscal, que representaba al monarca en las causas patrimoniales y en todas las que se asimilaba a un particular. Por este camino, en el reino de Aragón se fue más allá, por cuanto se admitió que cualquier individuo podía tener acción personal o real contra el rey y recurrir para ello al Justicia, contra cuya sentencia podía apelar el procurador fiscal al mismo rey (LALINDE ABADIE, *Derecho histórico español*, Barcelona, 1974, pág. 308).

No procede hacer la historia de dicha responsabilidad. Ni de exponer un rimero de casos. Pero sí interesa entresacar algunos.

Corre el siglo X. Hay corte en León. Condes, próceres y prelados acuden a la llamada del Rey Ramiro. El día en que el obispo Dulcidio aguarda para besar la mano de Ramiro, platicando con el conde Osorio Gutierrez, hijo de Gutier Osóriz, sus siervos y criados disponen las acémilas para emprender la marcha hacia el alfoz de Salamanca, lugar donde el obispo ha levantado nuevas aldeas y consagrado nuevas iglesias. Lo hacen en la posada del obispo, frontera al monasterio de Santiago. Los familiares del prelado están cargando en una mula la valija del magnate. Llevan en ésta, entre otras cosas, ricas preseas eclesiásticas, adquiridas en el mercado, un cáliz de cincuenta sueldos galicanos, dos parejas de candelabros y lucernas, mercadas en cien sueldos, y una cruz de oro, adornada con rica pedrería y de valor equivalente al de otras piezas. No han terminado sus tareas, cuando en la calle se forma un tumulto. Un jinete, al trote largo de su bestia, pasa junto a la posada. Al instante, otro grupo de jinetes, gente armada, de sayones, con Sisnando Menéndez al frente, le persigue. Mala fortuna. La gente armada, los sayones del rey, que persiguen al caloñero, al criminal, en su rápido pasar, provocan la caída de la valija del obispo Dulcidio. Las preseas, el cáliz de cincuenta sueldos galicanos y la gran cruz de oro se quiebran. Vuelve el obispo Dulcidio del besamanos y recibe la noticia. Las cosas desbaratadas tienen gran valor. Ordena suspender la salida. Llama a Gurdesindo y le ruega que se encargue, como adsertor, de reclamar ante el Rey los daños causados por su gente. Unos días después, en el salón del Rey, sentado éste en su cátedra de madera, de ancho asiento y respaldo alto, ornado con recuadros e incrustaciones de metal y de hueso, ante Rodrigo

Muñoz, alférez del monarca, Fernando, *primiclerus*, dos consiliarii de Ramiro, y otros muchos magnates y condes, Gurdesindo expone de manera minuciosa lo ocurrido y los daños causados por los hombres del Rey. Pide cien sueldos galicanos. Froilaz, el *militēs regis*, habla después. Y contesta, contando que se perseguía a un caloñero y que, fortuitamente, sus hombres derribaron la valija del obispo. Termina. El Rey, antes de decidir, oye a Oveco, obispo de León, quien dice que su gente, la del rey, ha causado mal a quien es justo. El Rey se levanta y ordena: ¡Por el daño de mi gente, que paguénse los cien sueldos! La escena, resumida, está tomada de los *“Documentos para el estudio del procedimiento judicial en Castilla en la Edad Media”* de Don Claudio Sánchez Albornoz (Buenos Aires, 1958, pág. 117). Es un caso, quizás el primero, de responsabilidad del servicio de “policía”, aunque no es lícito usar este vocablo para aquel tiempo y, de cualquier manera, y en el sentido actual, antes del siglo XIX. Por cierto, que Gurdesindo, el adsertor, le cobró al obispo Dulcidio, por su labor profesional, tres cueros de buey llenos de grano. Una buena minuta, a la vista de otros documentos recogidos por Don Claudio.

¿Caso único el transcrito? No. En los dos siglos siguientes, Guillermo Cara de Sapo recibió cinco sueldos por quedar cojo tras ser atropellado por una carreta del Rey. Esteban Malaspulgas, dos sueldos por excederse los hombres del rey en la exigencia de su derecho de hospitalidad; la primera indemnización conocida por una requisa. Fernando Cara de Burro, un sueldo por perder su burra a consecuencia de la caída de una teja del palacio del Rey en León. Esteban el Perolero, dos sueldos por perder un brazo, tras recibir

un flecha lanzada por un hombre del rey, siendo ajeno a la pelea (LAGARRETA, *Colección de documentos medievales*, Toledo, 1947).

El Fuero de Usagre preveía que los dueños de los carros que se rompieran por caer en huecos de los caminos del pueblo recibirían tres dineros (UREÑA SMENJAUD, *El Fuero de Usagre*, Madrid, 1907, pág. 13). La doctrina creada por la Sección 6ª del Consejo de Estado durante los años sesenta de la pasada centuria tenía ya, al momento de su invención, setecientos años de antigüedad. Los ejemplos se pueden multiplicar: en el mercado, en el camino. Luis GARCÍA VALDEAVELLANO en su obra "*El mercado en León y Castilla durante la edad media*" (Madrid, 1974) y Rafael GIBERT en su artículo "*La paz del camino*" en el Anuario de Historia del Derecho de 1957 y 1958 citan otros casos.

Lo mismo ocurrió en Francia. Baste mencionar los casos de reconocimiento de responsabilidad del Rey, hechos por Doña Blanca de Castilla, madre de San Luis (BERGER, *Histoire de Blanche de Castille, reine de France*, París, 2000).

No procede extenderse más. Pero sí dar cuenta de un caso suscitado con ocasión de la construcción de la Casa de la aduana, el actual Ministerio de Hacienda. Un viejo soldado vivía en una de las casas a tejavana que existían en lo que hoy es la calle de la Aduana. La inexistencia de edificación en el solar de los números 5 y 7 de la actual calle de Alcalá, le permitía ver pasar al Rey Carlos, en su coche, cuando iba al Retiro. Pero cuando se construyó el edificio, el buen soldado perdió la vista. Y, sin más, se dirigió al Rey pidiendo una compensación por la pérdida de la vista de su paso,

“única satisfacción que podía tener ya a las alturas de su achacosa vida”. Hoy, los tribunales y el Consejo de Estado, hubieran desestimado la reclamación. La fuerza de los conceptos es tal que el reclamante no tendría oportunidad de ver amparada su solicitud. La doctrina de los teóricos y catedráticos se impondría. El anciano soldado tendría la obligación de soportar el daño, puesto que no se trataría de una lesión antijurídica. Pero, el Rey Carlos, ignorante de los conceptos jurídicos abstractos, reconoció el derecho del soldado a ver compensada su pérdida de vista y, en indemnización, le otorgó una vivienda en la azotea de la Casa de la Aduana, que hizo que ésta no tuviera carácter simétrico hasta la reforma de 1929, según contaba JORDANA DE POZAS.

La irresponsabilidad del príncipe y de la Administración no fue tan absoluta como se suele afirmar. Es más, fue una adquisición de los juristas regios en los términos antes expuestos. Los curiales impusieron sus conceptos y opiniones, contruidos en el derecho intermedio sobre el derecho romano. Y, como siempre, cuando el derecho se hace técnica, entonces se ignora la justicia, se orilla el sentido común y se perjudica a su destinatario: al hombre.

6. Así las cosas, se puede señalar que trabajosamente la idea de irresponsabilidad, aunque no siempre de manera absoluta, fruto de la labor de los juristas, se asentó en nuestro ordenamiento. Interesa, no obstante, detenerse brevemente en la situación existente en el siglo XIX.

La irresponsabilidad de la Administración era sostenida por la doctrina. Esa doctrina, que copió tanto y

tan bien a los franceses, hizo suya la idea gabacha de “lo natural de la soberanía es imponerse” y, por ende, no debía indemnizar daño alguno. En los libros de VALERIOLA (1798), DOU Y BASSOLS (1808), ORTIZ DE ZÚÑIGA (1841), CRISTÓBAL BORDIU (1836), PACHECO (1843), AGUSTÍN SILVELA (1839), POSADA HERRERA, COLMEIRO, SANTAMARÍA DE PAREDES (1885) y PELAEZ DEL POZO, no hay referencias a la responsabilidad.

No era sin embargo tan tajante la posición de la jurisprudencia y del Consejo de Estado. Baste este botón de muestra.

La Real Orden de 4 de diciembre de 1882, adoptada conforme al dictamen del Consejo de Estado, declaró la responsabilidad del Estado por los daños en el ejercicio normal y regular del poder público, tras señalar que:

“Considerando que los funcionarios públicos en los asuntos del servicio no obran libre y arbitrariamente, sino con arreglo a las instrucciones y reglamentos que regulan sus respectivas atribuciones y deberes, y es evidente que el Estado que obliga a sus servidores a seguir una conducta determinada se coloca en la situación del mandante para con el mandatario en cuanto éstos cumplen el mandato; es decir, que no obran por cuenta propia sino por la personal individual o jurídica que les dió el encargo.

Considerando que sería muy injusta la situación del empleado... que cumpliendo las disposiciones de las ordenanzas o de los reglamentos se viera por ello amenazado a cada instante con la perspectiva de un pleito de daños u otros conceptos, sólo por haber cumplido los preceptos legales.

Considerando que cuando un funcionario público es demandado judicialmente por consecuencia de los actos que ejerce en cumplimiento del servicio que se le encomienda, y siempre que se ajuste a las prescripciones reglamenta-

rias, hay méritos para considerar demandada a la Administración, y debe mostrarse parte a su nombre el Ministerio Fiscal...”.

Los hechos que dieron lugar a la litis fueron los siguientes: el Interventor de la Aduana de La Línea de Gibraltar ordenó al dueño de un carruaje que pusiese de manifiesto los fondos o huecos del mismo, sospechando que, dentro de ellos, podrían ir ocultos géneros de adeudo. Habiéndose negado el dueño, se procedió a la rotura del vehículo y se comprobó que no existía resguardo alguno. El dueño del carruaje demandó al Interventor de la Aduana ante el Juzgado Municipal, resultando condenado el Interventor. El Juez de Primera revocó la sentencia. Incardinado el pleito en la jurisdicción contenciosa, el Tribunal Contencioso-administrativo declaró la responsabilidad de la Administración.

Este criterio se vio reiterado en muchas ocasiones por los tribunales de justicia, en las más dispares materias.

Los daños causados por las obras públicas fueron especialmente considerados. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1882 obligó a un Ayuntamiento a indemnizar los perjuicios causados por las obras de adoquinado de una calle que, al elevar el nivel de ésta, produjeron la acumulación de aguas pluviales y la inundación de una vivienda. Por Real Orden de 14 de enero de 1889, se condenó al Estado a indemnizar al dueño de una finca por los daños sufridos en su vivienda a consecuencia de la rotura de una cañería del Canal de Isabel II.

Los daños causados por el servicio de policía municipal también eran indemnizables por la Administra-

ción. Así por Real Orden de 31 de mayo de 1880, se declaró la legalidad del acuerdo municipal por el que se ordenaba la desaparición de bancos o poyos adheridos a las casas, por oponerse al libre tránsito, pero con el derecho de los dueños a ser indemnizados.

Y los derivados de actuaciones urbanísticas debían ser resarcidos. Así por Real Orden de 15 de julio de 1878, el Gobierno ordenó a un Ayuntamiento a que indemnizara a un particular autorizado para construir una casa en un solar, que después se acreditó que era público, con el coste de las obras iniciadas, afirmando que *“no debiéndose imputarse al particular la falta cometida por el Ayuntamiento, y habiendo procedido aquél de buena fe al dar principio a la edificación de su casa, el acuerdo posterior del municipio debe envolver la reparación de los perjuicios sufridos por el particular”*.

Y, en fin, eran indemnizables por el Estado los perjuicios causados a consecuencia de la incautación y ocupación errónea de una finca particular, creyendo que estaba desamortizada, perjuicios que se concretaban en el pago de los alquileres no cobrados por los dueños, según prevenía el Real Decreto Sentencia de 20 de mayo de 1885.

El fundamento de todas las resoluciones citadas —y de otras muchas— era la equidad, que exigía, bien que nadie sufriera individualmente un daño producido por un acto que favorecía a la colectividad, bien que nadie sufriera un daño que menoscabara un derecho civil propio. GALLOSTRA Y FRAU, Oficial Letrado del Consejo de Estado, lo dijo con claras palabras (1885):

“El fundamento de la obligación de indemnizar se halla en el principio de equidad que exige que na-

die sufra individualmente un daño producido por un acto que favorece a la colectividad. El principio *'qui iure suo utitur neminem dedit'* tiene una acogida singular en el campo del derecho público, que no coincide con el sentido que recibe en el derecho privado. En éste, los derechos son de igual grado y vigor; en el público, los derechos de los particulares, aunque perfectos, deben ceder donde el interés público lo exija, ante los derechos del Estado. Mas como hemos indicado, el poder público debe indemnizar los sacrificios especiales que imponga a los ciudadanos, a fin de restablecer el equilibrio, roto en detrimento de algunos y en provecho de la totalidad. De esta suerte se hacen compatibles los derechos de la sociedad y los de los individuos”.

7. Así las cosas, se publicó el Código Civil en 1889. El principio rector en materia de responsabilidad venía establecido por el artículo 1902 del Código Civil

“El que, interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, causa un daño a otro está obligado a repararlo”

El artículo 1903 enumeraba los casos en que se debía responder si se trataba de daños causados por tercero. En su párrafo quinto, regulaba la responsabilidad del Estado diciendo:

“El Estado es responsable por este concepto, cuando obra por mediación de agente especial; pero no cuando el daño hubiere si causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”.

La responsabilidad, según el Código Civil, se fundaba —funda— en la culpa. En el artículo 1902, en la

culpa *in comittendo* o *in omittendo*; el artículo 1903, en la culpa *in eligendo*.

8. Ahora bien, pese a lo que se dice y pudiera pensarse, tras la promulgación del Código Civil, la situación no cambió tanto. La reluctancia natural de los Tribunales a la aceptación de las nuevas normas hizo posible la existencia de un singular estado de cosas.

De un lado, es cierto que una corriente jurisprudencial y doctrinal se aferró al tenor del artículo 1903, haciendo además una interpretación restrictiva de su tenor que condujo a su inaplicación.

Una sentencia de 6 enero de 1898 declaró la irresponsabilidad del Estado ocasionados por culpa o negligencia de sus funcionarios. Además, el Tribunal Supremo afirmó que el Estado sólo respondía cuando actuaba mediante agentes especiales; esto es, cuando no fueran los funcionarios ordinarios. Por agente especial se entendió precisamente lo contrario de funcionario permanente establecido para gestión de donde el daño dimanaba. El agente especial no fue localizado. NAVARRO RUBIO, Letrado del Consejo de Estado, siguiendo lo expuesto pocos años antes por Don Segismundo ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA (*“La responsabilidad de la administración”*, Madrid, 1933, pág. 81), lo calificó de “agente inencontrable”. No hubo ni una sola sentencia del Tribunal Supremo en que se determinara quién era agente especial. La sentencia de 18 de mayo de 1904 aclaraba que “agente especial es el que recibe un mandato o comisión concreta y determinada, ajena al ejercicio de su cargo, si es funcionario público, para que en representación del Estado y obligándole, como mandatario suyo, cumpla

el encargo que se le confía”. Las sentencias de 8 de julio de 1911 y 18 de febrero de 1914 reiteraron dicho criterio. Aquélla decía que “*agente especial es aquél a quien el Estado otorga mandato o comisión concreta para un acto o efecto determinado*”.

La construcción del Código Civil condujo a la irresponsabilidad del Estado en la generalidad de los casos. La justificación a dicho planteamiento era la de que la responsabilidad del Estado únicamente era explicable por la culpa en elegir sus propios agentes y que esta culpa únicamente se podría suponer cuando actuase por agente especial pero no cuando lo hacía a través de sus funcionarios. Y es que la elección de los funcionarios estaba regulada por un procedimiento objetivo que tendía a selección de los más aptos, de tal suerte que no era concebible que la Administración incurriera en culpa. Esta era la construcción de la responsabilidad en el derecho patrio que llevó a la irresponsabilidad pura y simple de la Administración (*Sentencia de 18 de mayo de 1904*).

En otros términos, la interpretación dada por la jurisprudencia y una parte de la doctrina al artículo 1903 del Código Civil llevó a la afirmación de que, cuando el daño había sido producido por un acto culpable de un funcionario, el Estado no respondía. Sólo lo hacía el funcionario. Y tal regla únicamente quebraba en el caso de que se tratara de un agente especial, nombrado ad hoc (ROYO FERNÁNDEZ-CAVADA, *op. cit.*, pág. 81).

La exigencia de responsabilidad al funcionario tampoco era fácil. En especial, tras la ley Maura de 5 de abril de 1904, toda vez que se exigía, como requisito inexcusable, la previa reclamación por escrito de

la observancia de la norma de cuya infracción habría de surgir luego la responsabilidad (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 2002, pág. 369).

La interpretación restrictiva perduró sobre todo en la jurisdicción civil hasta fechas tardías. Pero, también influyó notablemente en la jurisdicción contencioso-administrativa. Baste señalar que es invocada, de manera indirecta, por la Sentencia de 2 de octubre de 1931, de la Sala de Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. El caso era el siguiente: Con motivo de la Sanjuanada, por Real Orden de 2 de julio de 1926 se impusieron unas multas: al Conde de Romanones, medio millón de pesetas; a Aguilera, 200.000 pesetas; al General Weyler y a Don Gregorio Marañón, de 100.000 y otras de inferior cuantía a diversas personas, entre las que se encontraba, Mariano Benlliure, con 2.500 pesetas. Caída la Dictadura, por Real Decreto Ley de 13 de marzo de 1930, se permitió a los sancionados recurrir contra los actos de imposición. Marañón lo hizo, pidiendo la anulación de la resolución, la devolución del importe pagado y la indemnización de daños y perjuicios. La referida sentencia anuló la resolución, pero no reconoció el derecho a percibir la citada indemnización por una cuestión de competencia, invocando precisamente el artículo 1903 del Código Civil (MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en derecho español*, Madrid, 1973, págs. 44 y ss.).

9. Pero, pese a lo establecido en el Código Civil, una buena parte de la jurisprudencia y doctrina administrativa siguió declarando la responsabilidad de la

Administración pública con base en la equidad. Se ignoró el artículo 1903. Pese a las protestas de algunas sentencias, como la de 7 de octubre de 1901 que afirmaba que *“la equidad no puede ser fundamento de los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa”*, la idea de que *“es naturalmente equitativo que nadie se enriquezca con perjuicio de otro”* (*Hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*) (Digesto, lib. XII, tit. VI, frg. 14) latió en numerosas sentencias y pronunciamientos del Consejo de Estado. Tanto que generó una reacción: la afirmación recogida en numerosas sentencias de que la Administración podía acoger las razones de equidad en materia discrecional, pero no los tribunales.

Así la Real Orden de 21 de abril de 1913 declaró la responsabilidad de un Ayuntamiento en un caso en el que se habían variado las obras de desagüe de un lavadero público, causando daños a la finca de un particular. En dicha Real Orden, se decía: *“si bien es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos adoptar las medidas oportunas sobre policía, salubridad e higiene de los pueblos, los acuerdos que sobre tales extremos tomen dentro del círculo de las atribuciones que las leyes les confieren no pueden extenderse a privar de sus propiedad a los particulares ni a imponerles serdidumbres”*.

Por su parte, la sentencia de 6 de julio de 1917 declaró la responsabilidad del ramo de Guerra en el siguiente caso: Un catedrático de cirugía tenía establecida una clínica operatoria. En un solar lindante con su laboratorio se construyeron unas cuadras para el ramo de Guerra y produjeronse las emanaciones consiguientes, que alejaron a los operados y enfermos de la clínica, obligando a su propietario a clausurarla. Hoy se

diría que era una carga general y, por ende, se desestimaría su petición de resarcimiento.

Las sentencias de 24 de marzo de 1911 y 2 y 15 de abril de 1912 afirmaron la obligación de indemnizar a los fabricantes de fósforos, cuya industria fue monopolizada por la Hacienda.

La sentencia de 17 de diciembre de 1902 declaró la responsabilidad de un Ayuntamiento en relación con unos propietarios quienes, después de haber edificado ajustándose a la línea que el Ayuntamiento les señaló al autorizar la obra, fueron obligados a retranquearse posteriormente en virtud de otro acuerdo que amplió la anchura de la vía pública. Lo mismo se dijo en otras sentencias, como la de 21 de febrero de 1912. Hoy se hubiera afirmado que los propietarios tenían la obligación de soportar el nuevo acuerdo municipal.

La Real Orden de 6 de agosto de 1905 declaró la responsabilidad de un Ayuntamiento, en concreto, el de Puente Genil, en el siguiente caso: Doña Trinidad Rodríguez era propietaria de una finca de olivar, llamado San Luis, en la que existía una fábrica de yeso, que alimentaba con leña que apilaba en sus inmediaciones; el Ayuntamiento de Puente Genil acordó prohibir tal almacenamiento; la propietaria reclamó diciendo que se le privaba de combustible, que se le ocasionaban perjuicios y que debían ser indemnizados. Así se declaró.

Y, por último y para no hacer muy prolija este rímero de resoluciones, debe citarse la Real Orden de 30 de diciembre de 1926, citada por numerosos autores como único y singular pronunciamiento declarativo de responsabilidad. Se trataba de un caso en el que

un hidroavión de la Aeronáutica Naval, viéndose en apuros hubo de realizar un amerizaje sobre una encañizada. Promovida la reclamación por el titular de los bienes, se declaró la responsabilidad del Estado. Los organismos consultados, incluso el Consejo de Estado, decidieron que, aun cuando faltaba un precepto legal expreso en que basar la responsabilidad del Estado,

“no obstante... salta a la vista la injusticia que entraña que los perjuicios que de modo fortuito se causan con deplorable frecuencia a consecuencia del peligroso servicio de Aviación recaigan exclusivamente sobre la persona que eventualmente lo sufra en sus bienes, pues sería, sin duda, más equitativo que tales daños los soportara y sufragase la colectividad nacional, o sea el Estado”

de tal suerte que, como dijo el Consejo de Estado en este asunto, el fundamento jurídico para indemnizar debía encontrarse en *“el deber de resarcir los perjuicios quien recibe el provecho; es decir, el interés público obligado con el interés privado, por razones de equidad”*.

En otros términos, por razones de equidad y con invocación del principio *“ubi emolumentum, ibi onus”*, se admitió el deber de resarcir los perjuicios por quien recibe el provecho.

10. La equidad como fundamento de la responsabilidad del Estado tuvo también su reconocimiento legal. En efecto, no obstante lo expresado por el Código Civil, una serie de leyes especiales pusieron coto a la inmunidad del Estado en materia de responsabilidad. Ya antes de la promulgación del Código Civil, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 había previsto diversos casos de indemnización en

los artículos 156, 162 y 183. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1880 en su artículo 84, relativo a la suspensión de las sentencias; la Instrucción de Sanidad; el Reglamento de Epizootias y una serie de legislación casuística, para supuestos muy concretos, admitieron el principio de responsabilidad. En lo tocante a sacrificios legítimos, la regla fue la indemnización. Esta serie de leyes especies afirmaban la indemnización del Estado para todos los casos de sacrificios explícitamente impuestos. Ahora bien, en todo caso persistía la irresponsabilidad para aquellos daños que eran los más importantes cuantitativamente.

Conviene enumerar, simplemente, los casos concretos en los que se preveía en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad pública.

El artículo 156 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 disponía:

“Siempre que para precaver o contener inundaciones inminentes sea preciso, en caso de urgencia, practicar obras provisionales o destruir la existentes en toda clase de predios, el alcalde podrá acordarlo, desde luego, bajo su responsabilidad; pero en la inteligencia de que habrán de indemnizarse después las pérdidas y los perjuicios ocasionados, señalándose un 5 por 100 anual de interés desde el día en que se causó el daño hasta que se verifique la indemnización. El abono de esta indemnización correrá, respectivamente, a cargo del Estado, de los Ayuntamientos o de los particulares, según a quien pertenezcan los objetos amenazados por la inundación y cuya defensa haya ocasionado los daños indemnizables y con sujeción a las prescripciones del Reglamento”.

Por su parte, el artículo 162 de la misma Ley prevenía:

“En casos urgentes de incendio, inundación u otra calamidad pública, la autoridad o sus dependientes podrán disponer instantáneamente y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción a Ordenanzas y Reglamentos, de las aguas necesarias para contener o evitar el daño. Si las aguas fuesen públicas, no habrá lugar a indemnización; mas si tuviesen aplicación industrial o agrícola y fuesen de dominio particular, y con su distracción se hubiese ocasionado perjuicio apreciable, será éste indemnizable”.

Y, por último, el artículo 183 de la Ley de 1879 establecía:

“Se indemnizará a los que tengan derecho al aprovechamiento de aguas públicas para riegos por los daños que les ocasione su interrupción por causa de ejecución de obras para pantano”.

Por otro lado, la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, trasunto de la de 1880 en este punto, preveía en su artículo 47:

“En el caso de que hubieran de ejecutarse en un puerto por el Estado, por las Diputaciones o por los Ayuntamientos, obras declaradas de utilidad pública, y para realizarlas fuera preciso utilizar o destruir las construidas por particulares, en virtud de concesiones que les hubieren sido otorgadas, sólo tendrían derecho los concesionarios a ser indemnizados del valor material de dichas obras, previa tasación pericial ejecutada conforme a las prescripciones del Reglamento general para la ejecución de esta Ley”.

La Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1888 establecía en su artículo 84, en la forma en que quedó redactada tras la Ley de 5 de abril de 1904, que “el Consejo de Ministros podrá acordar con carácter

extraordinario la suspensión o inejecución de las sentencias de los Tribunales Contenciosos, fundándose en una de las cuatro causas siguientes: 1ª Peligro de trastorno grave del orden público; 2ª Temor fundado de guerra con otra potencia; 3ª Quebranto en la integridad territorial del territorio nacional; 4ª Detrimento grave de la Hacienda Pública. La Sala de lo Contencioso-administrativo, si se trata de suspensión temporal de todo o parte de la sentencia, o el Tribunal Supremo en pleno, si el Gobierno hubiera acordado que no se ejecute la sentencia en todo o parte, señalarán la indemnización que deba satisfacerse al interesado por el aplazamiento o inejecución”.

El Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, para la ejecución de la Ley, determinaba que correspondían a la potestad discrecional y, por consiguiente, no eran impugnables en vía contenciosa las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los que nacían o de la materia sobre la que versaban, pertenecieran al orden político o de gobierno, o afectaran a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativa a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, *“sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones”.*

La Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 establecía en su artículo 192 que *“cuando la garantía de la desinfección exija destrucción o deterioro de un objeto, deberá su dueño ser indemnizado por el Ayuntamiento”.*

La Ley de Epizootias, de 1 de marzo de 1909, dispuso en su artículo 9 que *“previa aprobación de la Dirección General de Arquitectura, podrá disponerse el sacri-*

ficio de animales atacados de enfermedades infecto-contagiosas, mediante indemnización al dueño en la forma y cuantía de la tasación que por cada enfermedad se determinará en el Reglamento... Procederá también la indemnización por los animales que mueran a consecuencia de inoculaciones ordenadas a propuesta del Inspector General por la Dirección de Agricultura, que será la única competente para acordarlas". Y, en desarrollo del mencionado precepto, el artículo 126 del Reglamento de 6 de marzo de 1909 prevenía que *"... la Dirección General de Agricultura podrá disponer el sacrificio de animales atacados o sospechosos de enfermedad de enfermedad infecto-contagiosa...; pero entendiéndose que el sacrificio con indemnización de animales enfermos es siempre facultad del ministerio de Economía Nacional y nunca un derecho de los dueños de los animales"*. Es más, el artículo 9 de la Ley citada preveía que *"no tendrán derecho a esta indemnización los propietarios que no hubiesen dado parte de la existencia de la enfermedad o hubieran infringido las disposiciones reglamentarias"*. Regulación ésta que se completaba con las previsiones de los artículos 129 y 130 del Reglamento que establecían que, cuando el animal mandado sacrificar como sospechoso resultara sano al practicarse la autopsia, se abonará por él el valor total en que hubiere sido tasado. Asimismo cuando, para cortar de raíz un foco, el Ministerio acordara el sacrificio de todos los animales del sitio peligroso, se indemnizaría el total valor comercial de los que sacrificaren estando sanos.

Hubo otros casos tales como las leyes de 31 de diciembre de 1945, sobre indemnización de muertes o incapacidades ocasionadas por el uso de armas por las fuerzas militares o de orden público y sobre pen-

siones por inutilidad a colaboradores de la fuerza pública.

11. La afirmación de responsabilidad en algunos ámbitos concretos tuvo su contrapunto la negativa tajante en otros. Baste en tal sentido recordar la previsión contenida en el artículo 441 del Reglamento para el régimen y servicio interno del Cuerpo de Telégrafos, aprobado por Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1900, que declara que *“El Estado no acepta responsabilidad alguna respecto al servicio de telegrafía”*, por lo que *“los errores cometidos por telégrafo no dan lugar a indemnización de ningún género”*.

12. Las numerosas reclamaciones por daños presentadas frente a la Administración a título de equidad hicieron que se previera legalmente su articulación y dio lugar a un completo cuerpo de doctrina.

La Ley de Contabilidad y Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 establecía en su artículo 24 que:

“Ninguna reclamación contra el Estado, a título de daños y perjuicios o a título de equidad, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando únicamente durante otro año el recurso que corresponda ante los tribunales ordinarios competentes a que habrá lugar en su caso, como si hubiera sido denegado por el Gobierno”.

Y, al resolver las reclamaciones a título de equidad, la Administración y los tribunales declararon que el derecho de indemnización no podía ser fuente de riqueza, sino sólo compensación justa del daño (*Sentencia de 13 de abril de 1909*); que la reclamación en equidad no exoneraba al reclamante de tener que probar

los hechos y el daño (*Sentencia de 19 de mayo de 1896*); que no procedía abonar indemnización alguna cuando el reclamante se beneficiaba de la obra pública, como en el caso en que la Administración había construido una alcantarilla, cubriendo un arroyo por el que discurría aguas sucias, con gran beneficio para el propietario colindante al arroyo (*Real Decreto sentencia de 20 de mayo de 1880*)...

Por otra parte, existía ya eso que se ha dado llamar en “via crucis jurisdiccional del lesionado”; que se ha pretendido resolver en múltiples ocasiones; la última vez, con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la 4/1999, de 13 de abril, y por la Ley Orgánica del Poder Judicial y que, pese a todo, las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo, por ignorancia inexcusable o rebeldía contumaz, han seguido ignorando. Existía ya la cuestión de la competencia para conocer de las reclamaciones. No es el lugar para hacer un pormenorizado estudio de la materia. Baste señalar que la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa conocieron de asuntos de responsabilidad, siendo frecuentes las disputas y oscuras las disposiciones legales. Baste un ejemplo: el artículo 253 de la Ley de Aguas de 1879 atribuía la competencia para conocer de las reclamaciones a la jurisdicción ordinaria y los artículos 120 y 121 de la Ley General de Obras públicas a la jurisdicción contencioso-administrativa. En materia de daños causados por un Ayuntamiento con ocasión de obras de encauzamiento, en interpretación siempre de los mismos preceptos, la decisión de competencia de 16 de septiembre de 1897 declaró la de la jurisdicción ordinaria, al igual que las decisiones de 15 de noviembre de 1882, 25 de sep-

tiembre de 1895, 9 de julio de 1919, entre otras; sin embargo, dijeron lo contrario las decisiones de 18 de abril de 1893, 16 de agosto de 1896, 16 de mayo de 1905, 10 de febrero de 1909.

13. El Código Penal de 1932 introdujo, en el artículo 22, la responsabilidad estatal por los daños causados en el ejercicio ilegal del poder público. No se trataba de una responsabilidad directa, sino subsidiaria, del Estado y demás entes públicos por los delitos y faltas en que hubiesen incurrido sus empleados y dependientes o servidores en el desempeño de sus funciones. En el mismo sentido se introdujo la correspondiente previsión en el Código de Justicia Militar de 1945 que, en su artículo 206, preveía la responsabilidad civil y subsidiaria del Estado por insolvencia del culpable, perteneciente al Ejército, y a condición de que la responsabilidad se derivara de delito o falta cometidos con ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado.

14. El derecho militar es, junto con el canónico, el cuerpo jurídico más perfecto de los que la historia ha originado. Y también en el ámbito de la responsabilidad por los daños de guerra tuvo las primeras reglas de indemnización.

Ya *Las Partidas* (Partida II, título XXV) regulaban “las enmiendas que los omes an de rescebir por los daños que resciben en las guerras”. La segunda ley de dicho título trataba de “Como deven ser fechas las enmiendas de los daños que los omes resciben en sus cuerpos”. Distinguía las compensaciones que debían realizarse según caiga cautivo, “si fuese ferido de ma-

nera que non perdiese miembro” o “si acaesciese que alguno fuese ferido de guisa que fincare lisiado”, siendo minuciosa la distinta ponderación económica que se hace de cada una de las heridas. La tercera ley establecía la indemnización que había de otorgarse a quienes murieron. La ley cuarta determinaba las medidas a adoptar para evitar que los hombres, llevados por la codicia, pidieran más de lo que habían perdido.

La ley de 9 de abril de 1842 estableció, por su parte, que *“se reconoce como una obligación de la Nación el indemnizar los daños materiales que en las propiedades de los españoles que se han mantenido fieles a las causas de la patria del Trono de Isabel II y de la libertad, han hechos los facciosos desde primero de octubre de 1833 hasta el fin de agosto de 1840, y los que durante dicha época se han ocasionado a los mismos, así en el ataque como en la defensa de las plazas, pueblos o edificios de la propiedad de los pueblos o de los particulares”*.

El Decreto de 18 de julio de 1874 autorizó al Gobierno para embargar los bienes de las personas que sirvieran a la causa carlista para indemnizar con su producto a las personas perjudicadas los daños que les fueren irrogados por actos que no fueren efecto necesario de la guerra. Es decir, se indemnizaban los daños que no eran ineluctable consecuencia de la guerra. En el mismo sentido se pronunciaba la Real Orden de 30 de junio de 1879, que establecía que serían indemnizables *“los daños causados en la propiedad, siempre que conste evidentemente que se derivaron de órdenes y disposiciones de las autoridades competentes”* y que no debían ser objeto de indemnización los daños causados por accidentes inevitables de los combates. Y el modélico Reglamento para el servicio de Campaña de 5 de ene-

ro de 1882 estableció con carácter general la indemnidad de los daños causados en tiempo de guerra y consecuencia de órdenes de las autoridades competentes. Tal planteamiento fue reiterado por los Reales Decretos Sentencia de 16 de agosto de 1880, 31 de marzo de 1883 y 16 de mayo de 1886, siempre conforme al criterio sentado por el Consejo de Estado.

La sentencia de 29 de octubre de 1904 declaró que las normas antes citadas no eran aplicables a los daños causados en Cuba.

15. El avanzar del siglo pasado hizo que se pusiera de manifiesto la insuficiencia de la regulación legal en materia de responsabilidad. Los Estatutos provinciales y municipales de 1924 y 1925 flexibilizaron la regulación procedimental a la hora de exigir la responsabilidad de las corporaciones locales, pero no tocaron sus preceptos sustantivos.

En concreto, el artículo 175 del Estatuto Provincial prevenía que serían responsables las Diputaciones y comisiones provinciales que, aun cuando ejercieran atribuciones propias, cometieran infracciones manifiestas de ley o incurrieran en negligencia u omisión del que resultare perjuicio a los intereses o servicios que les estaban encomendados.

La Constitución de 1931 abordó la cuestión, compleja que se ha expuesto, si bien sólo formalmente, por cuanto no fue objeto de desarrollo. En efecto, dicho texto constitucional estableció en su artículo 41:

“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente res-

ponsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley”

Y, el artículo 106 previno que:

“Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones”.

Tales preceptos estuvieron inspirados en las propuestas de Don Antonio ROYO VILLANOVA, si bien fueron mutilados notablemente frente a la proposición inicial, que, copiando las disposiciones germanas vigentes, afirmaban lisa y llanamente la responsabilidad del Estado.

El desarrollo de los preceptos constitucionales fue muy limitado. Sólo debe mencionarse el artículo 209 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 que estableció que *“las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas directa o subsidiariamente, según los casos”.*

16. La Guerra Civil impuso un corte en la evolución de progresiva afirmación de la responsabilidad pública que se reanudó, como señala GARCÍA DE ENTERRIA, en 1945 con la Ley de Bases de Régimen Local y, en 1950, con la Ley de Régimen Local, que, recogiendo la legislación republicana municipal, la generalizó para todas las corporaciones locales, precisando su alcance al distinguir entre responsabilidad directa *“cuando los daños hayan sido producidos con ocasión*

del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes” (artículo 406, 2º) y una responsabilidad subsidiaria “cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo” (artículo 409).

Además, se reguló entonces el único caso de responsabilidad del Estado por daños causados sin ajustarse a derecho. El artículo 21 de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre conflictos jurisdiccionales, preveía que las autoridades administrativas suspenderían la tramitación de los procedimientos en cuanto recibieran el requerimiento de inhibición. No obstante, podían continuarlos si el Ministro competente lo acordaba en resolución fundada. Ahora bien, en tal caso y si la cuestión de competencia se decidía en favor de la jurisdicción ordinaria, los interesados tenían derecho a que la Administración les indemnizara de los daños que hubiere irrogado el alzamiento de la suspensión (ROYO VILLANOVA, “La responsabilidad de la Administración pública” en *Revista de Administración pública*, número 19, 1956, pág. 41).

17. El siguiente paso fue la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que, en su artículo 121, estableció una cláusula general de responsabilidad administrativa sin parangón en ningún ordenamiento jurídico del mundo.

La incardinación de dicha cláusula en la Ley de Expropiación Forzosa no dejó de suscitar una cues-

ción curiosa, atinente a su propia claridad estructural, que produjo efectos jurídicos indeseables, como el mencionado por José Luis Villar Palasí en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración. El artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa dispone en su artículo 121 que “*dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...*”. El artículo 1º del mismo cuerpo legal se refiere por su parte a “*propiedad o derechos o intereses patrimoniales legítimos*”, de tal suerte que el ámbito de cobertura del citado artículo 121, pese a ser distinta la voluntad del legislador, es exclusivamente el de los daños patrimoniales. Tuvo que producirse el absurdo jurídico, fruto de un accidente de automóvil en el que un camión del Ministerio de Obras Públicas atropelló en Puebla de Sanabria a dos personas y una burra, sufriendo aquéllos lesiones personales y ésta la muerte, para introducir en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado el artículo 40, sin limitación de ámbito objetivo de aplicación, pues, con arreglo al precepto de la Ley de Expropiación, sólo era indemnizable la burra pero no las lesiones personales (VILLAR PALASI, *Interpretación...*, pág. 251).

* * *

Las líneas que anteceden no quieren, en fin, cuestionar nada de lo que dicen los libros al uso: que la idea de la responsabilidad estatal es cosa nueva y fruto

de la incorporación o copia de ideas foráneas y esquemas extranjeros. Lo único que conviene resaltar es que los archivos ofrecen ejemplos, numerosos, de una situación distinta.

(2002)

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO DE LOS FUNCIONARIOS

SUMARIO: I. Responsabilidad de la Administración y responsabilidad de la autoridad o funcionario.— II. Acción de regreso contra el funcionario causante del daño.— III. Responsabilidad administrativa y actuación delictiva del funcionario o autoridad.

I. Responsabilidad de la Administración y responsabilidad del funcionario.

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que previene:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas”.

Al interpretar dicho precepto legal, la doctrina administrativa (por todos, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*, vol. II, pág. 280) y la jurisprudencia han señalado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas posee tres rasgos fundamentales. Posee carácter total, por cuanto cubre los daños producidos por la actuación de todos los poderes públicos. Y tiene carácter objetivo; esto es, nace con independencia de que la actividad dañosa se hubiera realizado mediando dolo o culpa (frente a la regla general contenida en el artículo 1902 del Código Civil) o de que dicha actividad sea legal o ilegal. Así lo establece el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar que la responsabilidad se produce cuando sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia (*Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 1997*). Todo ello sin perjuicio de algunas críticas doctrinales (PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 2000, pág. 652 y PANTALEÓN, “Los anteojos del civilista, hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, Madrid, 1994). Y, finalmente, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter directo y no subsidiario de la de sus autoridades y funcionarios. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reza:

“Para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

El carácter directo de la responsabilidad tiene como consecuencia que la acción sólo pueda ejercerse frente a la Administración y no frente a las autoridades y funcionarios.

En efecto, los daños indemnizables son causados, en todo caso, por la actuación de las personas físicas que sirven a la Administración ya que ésta, en cuanto persona jurídica, carece objetivamente de toda posibilidad de acción en el mundo de la realidad física. Pero, pese a que el daño se cause por una autoridad o funcionario, la acción de responsabilidad debe formularse necesariamente frente a la Administración misma (SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, vol. 2, pág. 282). No cabe ejercerla frente a sus servidores. Así lo establece el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre antes transcrito.

El deber de indemnizar los daños recae pues sobre la Administración, sin que sea dable exigir responsabilidad económica alguna directamente contra el funcionario responsable del servicio. La opción del lesionado de dirigirse directa y personalmente contra el funcionario culpable hay que excluirla, puesto que ya no es posible. Y ello por cuanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo contempla la responsabilidad de la Administración (MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Pamplona, 2002, pág. 520).

Además, la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992,

de 26 de noviembre, señaló expresamente que desaparecía toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario en relación con el artículo 146 “clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa de responsabilidad de la Administración”. En concordancia con ello, dicha Ley 4/1999, de 13 de enero, derogó la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso. Para poder demandar civilmente a un funcionario, esta Ley exigía, entre otras cosas, declaración judicial previa de la existencia de una infracción legal y una reclamación por escrito de la observación del precepto infringido.

Así pues, la situación está hoy clarificada en el sentido de que, conforme al criterio doctrinal mayoritario sostenido desde 1992 (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 392) no cabe ya la demanda civil contra el funcionario por eventuales daños producidos en el ejercicio de su cargo. Esta solución se ve también ratificada por la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 6/1998, de 13 de julio.

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que, sólo estableciendo la responsabilidad directa de la Administración pública y no la del funcionario actuante, tiene sentido la derogación del artículo 43 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Y es que, conforme a este último precepto, *“los particulares (podían) también exigir a las autoridades y funcionarios ... el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos”*.

Este precepto permitía que, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración, el dañado pudiera optar por dirigirse civil y personalmente contra el funcionario responsable, pero sólo en el caso de que hubiera mediado culpa o negligencia grave. La derogación del precepto y la inexistencia de otro similar en la Ley 30/1992, conduciría a que, de admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondería no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leve en los términos previstos en el Código Civil. Y ello no sería lógico en el sentido siguiente: El artículo 145.2 exige a la Administración dirigirse contra el funcionario responsable de daños causados a terceros, por dolo o negligencia grave, a fin de resarcirse de la indemnización pagada por aquélla. De admitirse que el dañado pudiera dirigirse contra el funcionario resultaría que éste respondería más intensamente frente al perjudicado que frente a la Administración en vía de regreso, porque, en la vía prevista en el citado artículo 145.2, es condición de ejercicio de la misma la existencia de dolo o culpa o negligencia graves del funcionario.

La lógica de la solución legal expuesta va, por lo demás, en la línea de garantizar al mismo tiempo la indemnización del dañado, pues la Administración responde en todo caso cubriendo siempre la actividad del funcionario, y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en los casos de culpa grave y en vía de regreso que, desde 1999, resulta obligada.

Por otra parte, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta puede ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes

fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, al decir que la Administración “exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido”. No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La acción en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sólo se puede deducir frente a la Administración a través del procedimiento legalmente establecido en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial que adopte la Administración, tras seguir el procedimiento correspondiente, es fiscalizable exclusivamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que la obligación indemnizatoria surja en el seno de relaciones de derecho administrativo o de otra índole.

Consecuencia de que no se puedan ejercer acciones por los particulares directamente encaminadas a obtener un resarcimiento contra las autoridades y funcionarios por los particulares sino que deban dirigirse contra la Administración, es que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa puede conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios formuladas a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Esta atribución exclusiva al orden contencioso-administrativo ha sido fruto de una azarosa evolución que conviene resumir muy sucintamente para explicar situaciones ya pasadas o en vías de hacerlo.

La atribución exclusiva de las cuestiones de responsabilidad a la jurisdicción contencioso-administrativa se estableció en el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 3.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Sin embargo, tal atribución no se consolidó, puesto que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 reinstauró la pluralidad jurisdiccional al establecer que, “cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios”.

Al amparo de esta previsión, entre 1957 y 1998, se mantuvo un sistema de pluralidad competencial de órdenes jurisdiccionales, cada uno de los cuales mantuvo, con celo inusual, su ámbito de aplicación, hasta el punto de admitir pacíficamente reclamaciones que sólo muy discutiblemente podían considerarse como propias de la respectiva rama del derecho. Además, dicha pluralidad de órdenes jurisdiccionales competentes permitió que, por los reclamantes, se formularan, al mismo tiempo, reclamaciones contra las autoridades y funcionarios, exigiendo su responsabilidad personal por las actuaciones desarrolladas y causantes de los daños, y contra la Administración, bien ante los tribunales ordinarios, bien ante los tribunales contencioso-administrativos, en busca de resoluciones favorables a sus intereses. Así fue frecuentísimo que se ejercieran acciones civiles de responsabilidad directamente con-

tra los funcionarios actuantes ante los tribunales ordinarios y, al tiempo, contra la Administración, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por los mismos hechos. Esta situación se hizo especialmente presente en el ámbito sanitario, en donde, al tiempo, se ejercían acciones civiles contra los facultativos de la Seguridad Social ante los tribunales ordinarios y se formulaban demandas de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quiso resolver la cuestión, afirmando que sólo podía exigirse la responsabilidad de la Administración, y no del funcionario, pero no acertó a resolver el problema. El Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial fue más lejos, disponiendo con claridad que las reclamaciones por daños sólo podían deducirse ante las Administraciones públicas y que las resoluciones en esa materia serían “susceptibles únicamente de recurso contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el tipo de relación, pública o privada, de que deriven”. Pero, como se ha señalado (SANTAMARÍA, pág. 504), el reglamento citado carecía de toda fuerza para incidir en el régimen definidor de la responsabilidad y de la competencia de los tribunales, puesto que es una materia reservada a la Ley.

Así las cosas, el problema se suscitó en el seno de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual, en sus Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, se pronunció terminantemente en el sentido de que, a partir de la entrada en vigor de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial había quedado confiada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta doctrina, sin embargo, no fue acatada, asombrosamente, por las Salas 1ª, de lo Civil, y 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo, quienes, orillando lo que establecía la Ley y lo que decía el órgano judicial competente, siguieron aplicando el criterio tradicional de diversidad competencial y de dualidad de acciones, contra el funcionario y contra la Administración.

Para poner fin a la situación, fruto en gran medida de la rebeldía y contumacia en sus criterios de las Salas 1ª y 4ª del Tribunal Supremo, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispuso en su artículo 2.e), en tono inusualmente severo, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”. Y, para ratificar dicho planteamiento, al mismo tiempo que se aprobaba la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, se modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, estableciendo que “los (juzgados y tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones pú-

blicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”, yendo, incluso, más allá, al establecer que “si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos sus pretensión ante este orden jurisdiccional”.

En resumida síntesis de lo expuesto, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otra parte, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo ha sido por dolo o culpa o negligencia grave.

Es decir, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios que desempeñan labores de supervisión de proyectos por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Si se consideran dañados han de dirigirse contra la Administración.

La responsabilidad directa de la Administración Pública en el caso de daños causados por sus funcionarios, unas veces, es asumida y abonada directamente por aquélla, quien decide tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo; y, en otras oca-

siones, se concierta un seguro con una entidad privada en la que la entidad pública aparece como tomadora y asegurada.

La celebración de un contrato de seguro a fin de cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es hoy cuestión pacífica y admisible en derecho. Frente al criterio sustentado por la Dirección General de Seguros que afirmó, en una resolución de 26 de junio de 1996, que “no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, se ha extendido el criterio doctrinal, ratificado por la práctica administrativa, de que cabe concertarlo con tan específico objeto (por todos, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002, págs. 72 y ss. y MONTORO Y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona, 2002).

II. *Acción de regreso contra el funcionario causante del daño*

Ha quedado expuesto que el lesionado no puede dirigirse contra el funcionario causante de los daños; debe hacerlo directamente contra la Administración. Ahora bien, como también se ha expresado, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta debe ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según esta-

blece la Ley 30/1992, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al decir que la Administración “exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido”. No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La Administración debe dirigirse contra el funcionario causante del daño. A tal fin, cuenta con una acción de regreso legalmente configurada. Ahora bien, el ejercicio de dicha acción de regreso no permite a la Administración reclamar al funcionario causante de los daños todos los que haya abonado al lesionado: han de tratarse de daños causados concurriendo dolo, culpa o negligencia grave. Así pues, es preciso distinguir entre tres clases de daños, a saber: los causados por dolo, culpa o negligencia grave del funcionario actuante; los originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple riesgo.

La distinción indicada no es baladí. Y ello por cuanto la Administración sólo está obligada a ejercer la acción de regreso en el caso de los primeros. En efecto, si los daños ocasionados por la Administración fuesen imputables en todo caso a los funcionarios intervinientes y la Administración estuviera obligada siempre a ejercer contra ellos la acción de regreso, se produciría una natural reluctancia de aquéllos a actuar en los ámbitos más propicios a ocasionar dichos daños. Por ello, la Ley ha considerado preciso garantizar a los funcionarios un margen de negligencia excusable, dentro del cual pueden actuar sin responsabilidad personal, aún en vía de regreso. Otras veces, se parte de la idea de que la Administración es

una vasta organización impersonal en la que, a veces, resulta muy difícil localizar a quién es imputable la negligencia que ha ocasionado la irregularidad en el funcionamiento del servicio. Por eso, trabajosamente se ha construido la denominada *teoría de la falta del servicio*, que distingue entre irregularidades del servicio público de dos clases, a saber: una, la irregularidad separable (*faute détachable*), grave e imputable directa y personalmente al funcionario, que permite a la Administración pública ejercer la acción de regreso, y otra, la irregularidad anónima, impersonal, difícilmente localizable en funcionario concreto y predicable genéricamente del servicio o la irregularidad imputable, pero leve y justificable (*faute incluse* o falta del servicio), que debe ser asumida en todo caso por la Administración.

La Administración puede pues ejercer la acción de regreso contra el funcionario causante de los daños cuando éstos han sido causados por dolo, culpa o negligencia grave. En otro caso, debe asumir el coste de la reparación.

Por dolo debe entenderse intención, voluntad de hacer, “propósito consciente, intencionado” de causar un daño o eludir el cumplimiento de un deber (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1934*). Por culpa o negligencia grave, falta del más mínimo cuidado, omisión del deber de cuidado a todos exigibles, ausencia de la prudencia más general.

La limitación legal del presupuesto habilitante para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso a los casos de dolo o culpa o negligencia grave, comporta que los daños originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple

riesgo tengan que ser costeados por la Administración. Por culpa leve debe entenderse la omisión de la diligencia norma y por culpa levísima, la que sólo observan las personas más cuidadosas. Por riesgo, la situación de peligro que puede concretarse en un daño cuando dicho peligro no se ha creado de manera infundada.

En síntesis, los daños causados por un funcionario a un tercero y abonados por la Administración, sólo le pueden ser reclamados por ésta cuando se han provocado intencionadamente o faltando a las más mínimas reglas de cuidado, que denotan una ausencia completa o casi completa de atención. En tal sentido, es de señalar que esta responsabilidad se rige por la regla general, la del artículo 1902 del Código Civil, si bien interpretada de manera más restrictiva (MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1999, pág. 426). Es decir, sólo en casos muy concretos y escasos, puede ejercer la acción de regreso la Administración.

La acción de regreso debe limitarse, por lo demás, al reintegro de los daños causados por dolo o culpa grave, de tal suerte que aquéllos coetáneos que pudieren haberse producido por culpa leve o levísima no son reintegrables.

El ejercicio de la acción de regreso se dilucida en vía administrativa y no en vía jurisdiccional civil. La Administración debe acordar la iniciación de un procedimiento administrativo contra el funcionario a fin de ejercer la acción de regreso, sin necesidad de acudir ante los tribunales ordinarios para resarcirse de lo abonado. No existe un procedimiento específico en el ámbito de la Administración Civil para exigir el resarci-

miento —frente a lo que ocurren en el ámbito de la Administración militar o Guardia Civil—, pero el seguido es análogo en cuanto a su tramitación. Una vez iniciado el procedimiento, debe notificarle la cantidad que se le reclama y los hechos de que trae causa tal reclamación para que el encartado pueda formular alegaciones y proponer las pruebas que considere de su interés. Practicadas éstas, le concede audiencia e, inmediatamente después, se formula la correspondiente propuesta de resolución. La resolución se dicta por el Ministro, en el caso de funcionarios de la Administración General del Estado, o por el presidente o director del organismo, si se trata de una entidad pública. Si se acordara la obligación del funcionario de resarcir a la Administración, éste debe abonar la cantidad debida en el plazo señalado en la resolución o, en su defecto, con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación. Si no lo hace efectivo dentro del término pertinente, la Administración puede acordar directamente el embargo de sus bienes.

III. *Responsabilidad administrativa y actuación delictiva del funcionario o autoridad*

El régimen de resarcimiento expuesto aparece presidido por la idea de la unificación de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del funcionario, de tal suerte que, frente al lesionado, ésta queda embebida en aquélla. El lesionado no puede dirigirse contra el funcionario. Ahora bien, queda al margen en la citada unificación la responsabilidad civil derivada de delito, que puede ser declarada con carácter subsi-

diario, respecto de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal (por todos, CANSINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, 1998).

En efecto, para resarcirse de los daños que hubiere sufrido a consecuencia del actuar ilícito, el perjudicado por un delito cometido por un funcionario público puede optar entre dirigirse contra el propio funcionario, ejerciendo la acción penal y civil derivada del delito o falta, o bien dirigirse directamente contra la Administración. En otros términos, la afirmación antes expuesta de que el lesionado no tiene posibilidad de accionar contra el funcionario público causante de los daños tiene un límite: el que la actuación del funcionario responsable sea constitutiva de delito o falta.

Es posible —y aún frecuente— que los lesionados por una actuación administrativa se dirijan directamente contra el funcionario en vía penal, al considerar que su actuación constituye un delito o falta. Al ejercer la acción penal, instan también la declaración de responsabilidad civil del acusado y, subsidiariamente, de la Administración. Prácticas de este tipo son frecuentes. Unas veces porque la actuación del funcionario actuante reviste *prima facie* caracteres de ilícito penal y otras muchas ocasiones, bien por cuanto los profesionales del foro desconocen las normas administrativas de la responsabilidad patrimonial, bien por cuanto existe la difundida idea —aunque no por ello cierta— de que la jurisdicción penal es más rápida y expeditiva para obtener una indemnización. En la mayoría de los casos, al ejercer acciones penales contra los funcionarios, no se busca tanto la sanción criminal cuanto obtener un resarcimiento de los daños. Se trata

de un ejercicio desviado de la acción penal, que se aleja de los límites que le son propios, pero al que la práctica jurídica, la distorsión de las instituciones y el no siempre adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia que la admiten han dado carta de naturaleza.

El ejercicio de acciones penales —y al tiempo civiles— contra los funcionarios por hechos cometidos en sus cargos está siempre a disposición de quienes se consideran perjudicados. En estos casos, los lesionados presentan denuncias o interponen querellas contra los funcionarios y, al tiempo, solicitan cantidades económicas, en concepto de responsabilidad, a fin de indemnizarse de los daños que dicen haber sufrido.

Varias son las cuestiones de interés que, al socaire del tema expuesto, deben ser analizadas, a saber: la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales; la atinente al procedimiento para exigir dicha responsabilidad; la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en estos casos; la de si puede Administración asumir directamente lo que es responsabilidad subsidiaria y, finalmente, la de si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste.

La primera de las cuestiones suscitadas, la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales imputables a ellos ha de responderse afirmativamente. La doctrina, la doctrina administrativa (*Memoria del Consejo de Estado de 1999*,

pág. 154) y la jurisprudencia han señalado que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra, de tal suerte que, pudiendo ejercerse, por imperativo del artículo 120 del Código Penal, la acción civil junto con la penal, es claro que instada ésta lo puede ser en toda su amplitud, incluso, la civil tendente al resarcimiento de los daños.

En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no ha alterado el régimen tradicional en esta materia. Es más, un análisis de la legislación dictada en la última década pone de manifiesto la voluntad del Legislador de conservar tal posibilidad.

Así, en el proyecto de Código Penal de 1992, se estableció un sistema de responsabilidad patrimonial directa del Estado para el caso de delitos cometidos por los funcionarios. Dicho sistema, decía el proyecto, “habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia”. Se proponía así llevar a la vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad civil del Estado por delitos o faltas de los funcionarios. Se trataba de un proyecto que intentaba sintonizar al máximo con la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Frente a tal intento, se alzaron voces que se opusieron a la escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparador y que rompía con el sistema tradicional, subrayando que la resolución conjunta e íntegra de las pretensiones civil y penal representa un alivio para la víctima. Si la unificación de régimen contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y antes expuesta,

alcanzara a la responsabilidad civil derivada de delito, se decía, el perjudicado quedaría obligado a emprender un “peregrinaje” jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativas y contencioso-administrativas, a parte del ejercicio de la acción penal; la Administración, se añadía, quedaría en situación de privilegio frente a otras personas y entidades que ostentasen la condición de responsables subsidiarios. Consecuencia de ello fue que el proyecto de Código Penal de 1994 volviera al sistema de responsabilidad subsidiaria de la Administración, “sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, sistema que se mantendría en la versión finalmente aprobada del Código Penal. También en la legislación posterior se refleja la renuncia del legislador a la unificación de la responsabilidad civil derivada del delito. Son significativos, en este sentido, los términos de la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras aludir, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, a los “principios de su peculiar régimen jurídico” y a la unidad de procedimiento administrativo para su exigencia, se añade que “parece muy conveniente unificar la doctrina para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal”. Esa misma línea es, en fin, la seguida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que remite la exigencia de responsabilidad derivada del delito a lo previsto en la “legislación correspondiente”. Por todo ello, la

práctica judicial, el Consejo de Estado y la doctrina vienen afirmando la posibilidad de que el lesionado puede ejercer acciones penales y, conjuntamente, civiles resarcitorias contra quienes son, a su parecer, responsables de conductas criminales.

La segunda cuestión que debe analizarse es la del procedimiento a seguir para ejercer contra el funcionario la acción civil derivada de delito. “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”, reza el artículo 116 del Código Penal. Este precepto atribuye al perjudicado por un delito, además de la acción penal, otra, de carácter civil, tendente a obtener la reparación del daño sufrido.

Las acciones penal y civil derivada de delito pueden ejercerse conjuntamente, esto es, al tiempo, de tal suerte que el Tribunal penal decide sobre la responsabilidad penal y, caso de apreciarla, fija el importe de la responsabilidad civil. Pero también, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 111), el perjudicado por un delito puede reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil a fin de ejercerla separadamente ante los tribunales ordinarios, después de terminado el juicio criminal.

El régimen indicado no sufre modificación alguna por el hecho de que el acusado sea funcionario público por actuaciones cometidas con ocasión del ejercicio de su función y los daños reclamados consecuencia de su hacer. El lesionado puede ejercer contra el funcionario conjuntamente las acciones penal y civil derivada de delito. Puede, también, reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil y, una vez terminado el proceso penal y declarada la responsabilidad criminal

del funcionario, accionar contra él civilmente ante los tribunales ordinarios. Se trata del único caso en que se puede demandar a un funcionario por daños causados con ocasión de su actuación y en el que no hay que dirigirse, imperativamente, contra la Administración —que es la regla general como se ha expuesto antes—.

En estos casos, la querrela se encamina contra el funcionario y contra la Administración que, como se verá, es responsable subsidiaria de los daños causados por aquél conforme al artículo 121 del Código Penal. Interesa destacar, por último, que la responsabilidad civil del funcionario por los daños causados con ocasión de la comisión de un delito se rige por las previsiones del Código Civil y no por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de tal suerte que los presupuestos, requisitos, condiciones y alcance deben determinarse con arreglo a las reglas de la culpa extracontractual civil.

Otra cuestión a abordar es la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en los casos en que se ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios, por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo. El artículo 121 del Código Penal previene, en este sentido, que:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos fueren autoridad, agentes y contratistas de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de di-

chos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad de indemnizaciones”.

Con base en transcrito precepto, en los procesos penales iniciados contra funcionarios por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, las Administraciones públicas intervienen en las actuaciones como responsables civiles subsidiarios, con lo que ello comporta. Es decir, sólo abonan las indemnizaciones en el caso de que el patrimonio del condenado resulte insuficiente, de tal suerte que la situación del funcionario resulta desalentadora. Sin embargo, es preciso hacer alguna matización.

Antes de la entrada en vigor del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la norma aplicada para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos y las faltas cometidos por los funcionarios públicos era el artículo 22 del Código Penal de 1973. El párrafo primero del citado artículo extendía la responsabilidad civil subsidiaria a las “personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio”.

Aunque el artículo no fuera muy preciso en relación con la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia había subsanado esa falta de precisión mediante una interpretación que, progresivamente, fue tiñendo la responsabilidad subsidiaria del artículo 22 de cierto “objetivismo”, sin llegar a considerarla enteramente objetiva, de tal suerte

que, sin necesidad de agotar el patrimonio del condenado, la Administración asumía el pago de las indemnizaciones fijadas. Esta interpretación, vinculada a la noción de insolvencia funcional —es insolvente quien no puede pagar una indemnización habida cuenta su importe aunque disponga de algunos bienes—, tuvo como una de sus finalidades dar seguridad a los perjudicados por la infracción penal. Así, en un principio, se acudió a los conceptos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*; después se fueron matizando y se situó el fundamento más sólido de la responsabilidad en el riesgo —según el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*—.

Durante algún tiempo, antes de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y tras la entrada en vigor de ésta, se llegó a cuestionar la vigencia del artículo 22 del Código Penal, siendo confirmada tal vigencia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo continuó aplicando “por estimar que la Ley 30/1992 no empece la declaración de responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal” (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1996*) —una interpretación extensiva era aquí posible, al tratarse de una norma civil pese a su ubicación en el Código Penal—.

Tras la promulgación del vigente Código Penal, la situación no ha cambiado, aunque tal afirmación no es del todo pacífica. En efecto, de la lectura del artículo 121 del Código Penal actual, antes transcrito, y de su confrontación con el artículo 22 del antiguo Código Penal de 1973, se observa que el texto vigente hace referencia a los delitos dolosos o culposos, con lo que quedaría excluida la responsabilidad civil subsidiaria

de la Administración cuando de faltas se trate. La omisión de toda referencia a las faltas se ha interpretado como un intento del legislador de evitar que se fuerce la responsabilidad penal para calificar un hecho como falta con la única finalidad de que sea declarada la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, como se ha hecho en algún caso muy conocido (caso Colza), puesto que ello debería lograrse mediante mecanismos ágiles de indemnización estatal de los daños por funcionamiento de los servicios públicos que hagan innecesario acudir a la vía penal.

No obstante, la jurisprudencia no se ha atenido al tenor literal del precepto, llevando a cabo una interpretación del mismo orientada a admitir la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas aun cuando el funcionario no hubiera cometido sino una falta: línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1997 y seguida más tarde por otras (*Sentencias de 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997*).

Así pues, conforme al artículo 121 del Código Penal, se mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad de la Administración pública, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado, como se ha señalado, la opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal —responsabilidad subsidiaria— o en vía administrativa —responsabilidad directa—.

Por otra parte, se exige en el repetido artículo 121, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria que en él se contempla, que los daños causados

por personal al servicio de la Administración lo sean “en el ejercicio de sus cargos o funciones” y que la lesión “sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados”, expresión ésta de mayor amplitud que la utilizada por el proyecto de Código Penal de 1994 y que exigía que resultara probada la relación directa y exclusiva entre la conducta del responsable penal y el servicio público de que se trate.

Tema que también debe examinarse es el atinente a si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste. A la vista de cuanto ha quedado señalado, quien ha resultado perjudicado por un delito tiene, en principio, dos posibilidades. Puede optar, en primer lugar, por dirigirse directamente a la Administración, solicitando que ésta declare la existencia de una responsabilidad directa, derivada del funcionamiento de los servicios públicos con arreglo a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y puede, en segundo término, exigir la responsabilidad directa del responsable criminal y la declaración de responsabilidad subsidiaria de la Administración, por considerar que se da el supuesto contemplado en el artículo 121 del Código Penal.

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las acciones que nacen de delito o falta pueden ejercitarse conjunta o separadamente; pero, mientras estuviera pendiente la acción penal, no se ejercerá acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Por su parte, el artículo 114 de la misma Ley dispone que,

promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en causa criminal.

Así las cosas, lo que se suscita es si, iniciado un proceso penal contra un funcionario, se puede tramitar un procedimiento administrativo tendente a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública o si, por el contrario, éste debe quedar suspendido hasta la terminación del proceso penal. La cuestión no es trivial puesto que quienes ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios lo que buscan es resarcirse económicamente, sin importarles tanto el cauce utilizado como el objetivo perseguido. Si ven satisfechas sus aspiraciones económicas, se apartan del proceso penal iniciado.

Los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impiden el ejercicio de la acción de responsabilidad administrativa, aunque el proceso penal esté pendiente, y ello por cuanto la acción administrativa no nace del delito o falta —pues es independiente de su existencia—, lo que explica que pueda ser declarada la responsabilidad administrativa aunque no se haya producido —o, en su caso, declarado— una infracción criminal.

Esta compatibilidad de ejercicio de acciones quedó confirmada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al disponer, en su artículo 146.2, que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, “ni interrumpirá el plazo de

prescripción para iniciarlos” —decía en su redacción inicial—, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. De esta manera, negando la interrupción del plazo para su comienzo, se confirmaba que el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debía ser obstáculo para el ejercicio de la acción administrativa cuando aún no hubiera terminado la tramitación del proceso penal.

En esta línea, con ocasión de las múltiples reclamaciones presentadas ante el Ministerio de Medio Ambiente con ocasión de los daños producidos al estallar el depósito de aguas de Melilla, el Consejo de Estado declaró que la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no estaba impedida por la existencia de unas diligencias penales pendientes y abiertas (por todos, *Dictamen 4357/1998, de 26 de noviembre de 1998*). Así, se sostuvo que lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal “impide el ejercicio de la acción civil nacida de delito o falta, pero no la que trae causa de la legislación administrativa propia y específica reguladora de la responsabilidad administración, pues no es éste un tipo de responsabilidad vinculada a la idea de dolo, culpa o negligencia, sino puramente objetiva”.

Es más, habida cuenta la supresión en 1999 del inciso “ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos” contenido en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria, el perjudicado, que puede ejercer la acción penal —junto con la civil derivada de delito—, la acción administrativa o ambas, debe tener en cuenta, que siendo independiente la

segunda de la primera, no se produce la interrupción del plazo de prescripción de la administrativa.

Esta conclusión puede tener efectos especialmente favorables para los funcionarios que son objeto de acciones penales, no porque sean verdaderamente responsables de delito o falta alguna, sino porque se ejercen contra ellos acciones tendentes a obtener algún tipo de indemnización. Y es que, aun cuando estén abiertas las diligencias penales, si los lesionados obtienen el resarcimiento por vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el abandono de la vía penal se presenta como hipótesis más que probable.

Además, debe resaltarse que la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puede iniciarse sin necesidad de que el lesionado presente reclamación alguna —de ordinario, habrá iniciado el proceso penal—; esto es, puede incoarse de oficio, puesto que el artículo 4^o del reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas lo permite.

Expuesto lo que antecede y recogidas las líneas fundamentales de la responsabilidad civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal, conviene llamar la atención sobre las diferencias existentes entre dicha responsabilidad civil derivada del delito y subsidiaria de la Administración, de una parte, y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, de otra. Y ello por cuanto no hay identidad entre la cobertura prestada por una y otra, si bien hay una zona de intersección en la que se encuentran casos en los que se pueden generar responsabilidades al amparo de una y otra.

Las indicadas responsabilidades, la civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tienen dos regulaciones distintas: una, la primera, está recogida en el artículo 121 del Código Penal; otra, la segunda, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ello da lugar a diferencias en cuanto a la declaración y extensión de la responsabilidad de la Administración.

La primera diferencia es clara: una, la responsabilidad declarada en vía penal con base en el artículo 121, es subsidiaria; la declarada en vía administrativa, tiene carácter directo. La primera exige un pronunciamiento jurisdiccional penal; la segunda, administrativo. Ello tiene sus consecuencias. Si un perjudicado quiere que se declare la responsabilidad civil derivada de delito de un funcionario tiene que dirigirse contra él, solicitando, al tiempo, la condena subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Si quiere que se declare la responsabilidad directa de la Administración pública, ha de instarlo ante ésta con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Lo que no puede hacer la Administración, como ha señalado el Consejo de Estado (*dictamen 3644/1997*), para evitar la tramitación de procesos penales contra los funcionarios o, incluso, su iniciación, es declarar, sin más, su responsabilidad subsidiaria; esto es, asumir la responsabilidad civil subsidiaria sin que haya sido declarada la responsabilidad principal *ex delicto* en el correspondiente proceso penal.

La otra diferencia que debe resaltarse es la atinente a la prescripción de la acción. Si el lesionado por una actuación administrativa opta por ejercer directamente la acción frente a la Administración pública con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo que tiene es de un año, conforme al artículo 142 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, si el perjudicado opta por ejercer la acción penal contra el funcionario e instar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, el plazo que tiene puede ser notablemente superior. Y es que, “mientras está viva la acción penal está también viva la acción civil, con la finalidad reparadora de los daños y perjuicios ocasionados por el delito” (*Sentencia de 21 de julio de 1985*). Por tanto, los plazos de prescripción para instar el resarcimiento por parte del funcionario y, subsidiariamente, de la Administración vendrán determinados por la índole de los delitos en que se basen, pudiendo ir desde los seis meses para las faltas a los veinte años para los delitos más graves (Código Penal, artículo 131). Y, por último, en el caso de que el lesionado se reserve el derecho de accionar civilmente no en el proceso penal, el plazo sería de quince años (*Sentencia de 7 de diciembre de 1989*).

En conclusión, en la actualidad, a la vista de la legislación aplicable, la única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración. De todas formas, es sabido que la Administración no es exigente en la aplicación de esa

subsidiariedad, de modo que suele abonar la indemnización fijada en la sentencia sin llevar a cabo la excusión del patrimonio del funcionario que sería teóricamente aplicable.

En todo caso, los efectos gravosos de dicha eventual declaración de responsabilidad civil derivada de delito a cargo de un funcionario por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo pueden obviarse mediante la celebración de contratos de seguro que la cubran, celebrados entre la Administración y las correspondientes entidades aseguradoras, en los que la tomadora será la Administración y los asegurados, los funcionarios. La celebración de los referidos contratos es perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, tras la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (disposición adicional tercera) y la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, también de Presupuestos Generales del Estado para 1991, está permitido a las Administraciones públicas el concertar pólizas de seguros para cubrir las responsabilidades de sus funcionarios.

La primera de las normas citadas disponía que “*se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurren circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente*”; es decir, quedaba cir-

cunscrita a la cobertura de la responsabilidad de ingenieros de proyectos. La segunda disposición, la adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, prevé que *“se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente”*; es decir, es más amplia por cuanto permite incluir la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración pública y sus entes instrumentales.

No obstante la existencia de un eventual seguro de responsabilidad civil, quedarán excluidos de su cobertura los daños causados dolosamente por el funcionario.

(2002)

CAPÍTULO III

DESISTIMIENTO EN LA EXPROPIACIÓN FORZOSA Y VÍA DE RECLAMACIÓN

I. Las consideraciones que siguen son el fruto de la reflexión sobre diversos casos concretos, en los que los hechos son coincidentes: una Administración acuerda la expropiación de unos terrenos por ser precisos para la construcción de una obra pública; ocupados aquéllos, pero sin haberse pagado el justiprecio por seguirse el procedimiento expropiatorio de urgencia, la Administración desiste de llevar a cabo la expropiación por resultar algunos terrenos innecesarios a resultas de la modificación del proyecto inicial; los propietarios de los terrenos expropiados y ulteriormente excluidos del procedimiento reclaman de la Administración el pago de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la actuación pública. Los daños se concretan en el abono de los intereses legales correspondientes al tiempo en que la finca estuvo ocupada, sin abono del justiprecio, y además en el pago de los resultantes de la pérdida de cultivo y los gastos de desplaza-

miento que hubieron de hacerse con motivo de los trámites de la expropiación.

II. El punto de partida de la cuestión que se analiza es el de que el desistimiento de una expropiación ya iniciada, pero no consumada, incluso en el supuesto de la vigente Ley de Expropiación Forzosa es un acto perfectamente válido y eficaz, siempre que no adolezca de defectos sustanciales de forma y esté basado en motivos justificados de interés público.

En efecto, la potestad discrecional de la Administración no está sujeta a ningún límite temporal en lo que a su ejercicio se refiere. La Administración puede actuar o dejar de hacerlo en cualquier momento y en cualquier estado de los procedimientos que se hallen en curso, en aras de los intereses públicos cuya defensa tiene a su cargo. Tiene, no obstante, dos limitaciones previas: una, de forma (competencia y procedimiento) y otra, de fondo (motivación adecuada). A ellas debe añadirse la consecuencia obligada de hacer frente a la indemnización de los perjuicios que la decisión ocasione a los particulares que resulten lesionados por ella en los términos definidos por el artículo 106.2 de la Constitución y preceptos legales concordantes.

La Administración puede, por tanto, hacer o deshacer cuanto estime oportuno en cualquier momento y dentro de los límites materiales de la potestad discrecional que la Ley le reconoce, siempre que guarde unas normas mínimas de procedimiento, lo justifique adecuadamente en la defensa de los intereses públicos que tiene a su cargo, y asuma la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione a los particulares singularmente afectados por la decisión.

El sólo hecho de iniciarse un procedimiento expropiatorio, aunque no llegue a rematarse por desistimiento de la Administración, ocasiona un perjuicio efectivo a los eventuales expropiados en la medida en que les priva de toda expectativa de utilización económica de los bienes objeto de expropiación, tanto si se trata de su explotación directa, como si se trata de su disponibilidad a efectos de transmisión o de garantía crediticia.

La indemnización de este perjuicio mediante el pago del justiprecio y la subsiguiente ocupación de los bienes expropiados, cuando la expropiación se desarrolla normalmente y llega a su fin, ha de entenderse subsumida en el propio pago del justiprecio, según se viene manteniendo de forma reiterada y constante por el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo.

Ahora bien, sucede, con más frecuencia de la deseable, que la Administración desiste de la expropiación, en el legítimo uso de sus facultades discrecionales, antes de que ésta haya quedado consumada mediante el pago y la ocupación. En tales casos, es evidente que la indemnización a los eventuales expropiados no puede subsumirse en el pago del justiprecio, puesto que, por hipótesis, no se produce el pago de ningún justiprecio, ya que el expediente expropiatorio queda cancelado definitivamente al desaparecer la causa que lo justificaba. Resulta obligado, pues, en estos casos, aplicar la doctrina general establecida en el artículo 106.2 de la Constitución, artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (hoy artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y artículo 121 de la propia Ley de Expropiación Forzosa. Y así se ha venido haciendo

en numerosísimos dictámenes del Alto Cuerpo Consultivo, entre otros, en los n^{os}. 39.090 de 28 de marzo de 1974 y 47.650 de 16 de mayo de 1985.

III. La cuestión, sin embargo, se complica cuando el desistimiento administrativo recae sobre un expediente iniciado por el trámite de urgencia. Porque en tal supuesto, si ha tenido lugar la efectiva ocupación del objeto de la expropiación, puede muy bien entenderse que la transferencia forzosa de la titularidad dominical ha quedado ya consumada por el sólo hecho de la ocupación. Y puede también estimarse que el pago del justiprecio (y su propia determinación, en su caso) es tan sólo una secuela obligacional pendiente de cumplimiento por parte de la Administración expropiante. No se trataría, por tanto de la cancelación de un expediente en curso, sino de la renuncia a los efectos de una expropiación consumada.

Esta tesis, que reconduce la cuestión planteada a los términos del puro y simple derecho de reversión que la Ley atribuye al expropiado, ha sido acogida en algún reciente dictamen del Consejo de Estado (n^o. 49.684 de 23 de diciembre de 1986).

Esta doctrina afirma en síntesis:

1. La privación del bien o derecho expropiado se produce tan pronto como la Administración lo ocupa efectivamente. Por consiguiente, a partir del momento de la ocupación efectiva, el expropiado ha quedado privado de su titularidad, con plenos efectos jurídico-reales. Esta afirmación se apoya en diversas Sentencias del Tribunal Supremo.

2. Es discutible la posibilidad (legal) de que la Administración desista de la expropiación, después de ocupados los bienes por el trámite de urgencia, liberándose con ello de la obligación de pagar el justiprecio.

IV. Hay, sin embargo, diversos argumentos muy poderosos que conducen a una conclusión diametralmente contraria a la que acaba de exponerse. En concreto, son cuatro, a saber: el de autoridad; el constitucional; el hipotecario; y, por último, el exegetico. Procede analizarlos a continuación.

1. *El argumento de autoridad: doctrina y jurisprudencia.*

La doctrina, desde que apareció en nuestro Derecho la ocupación urgente (Ley de 5 de octubre de 1939), hace casi medio siglo, y 40 años antes de la Constitución, viene sosteniendo la tesis que se defiende con escasas y muy recientes excepciones.

ROCA SASTRE, en un estudio apresurado para la adaptación de su Tratado a un determinado programa de oposiciones (*Apéndice*, Barcelona, Bosch, 1957, págs. 92 y ss.) afirma que la expropiación forzosa tiene acceso al Registro de la Propiedad mediante la presentación del “acta de pago de la indemnización” y el “acta de ocupación”, añadiendo que “en cuanto a la expropiación de urgencia... no existe propiamente ninguna variante”. “Conforme se ve, es una expropiación rápida y provisional sujeta a revisión en el justiprecio definitivo”.

GARCÍA DE ENTERRIA, en la monografía más importante que se ha publicado sobre este tema en los

últimos 40 años y que conserva plena actualidad (*Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956), afirma, entre otras cosas, las siguientes:

- “La potestad de expropiar es construida legalmente como un poder circunscrito a límites concretos —que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez— de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico” (pág. 97).
- “Al margen de estos límites no existe expropiación, sino ‘vía de hecho’, no un poder jurídico, sino un despojo ilegal” (misma pág. 97).
- “... la garantía patrimonial se presenta todavía en el efecto jurídico sustancial derivado de aquél ejercicio, que es la indemnización del expropiado” (pág. 98).
- “El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho” (págs. 111-112).
- “Una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como un ‘efecto’ del ejercicio de la potestad expropiatoria”. “Todo el ‘quid’ de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño...; la reparación ... sería una consecuencia del Derecho común” (págs. 112-113).
- “Si identificamos en la segunda de las mismas (ocupación) la ‘traditio’ ... resultará entonces que el verdadero título (en sentido genuino) de

la atribución patrimonial, o del desapoderamiento del expropiado... es precisamente el pago” (pág. 114).

- “La observación es incuestionable en el derecho positivo y conduce a calificar la indemnización no como un efecto derivado, sino justamente como todo lo contrario, como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria”.
- “La indemnización debe ser concebida como una ‘carga’ ... en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso” (págs. 114-115).
- “¿En qué momento se entiende consumado el efecto expropiatorio, especialmente la transmisión de propiedad ...? A mi juicio, aún en esta hipótesis extrema, el pago de indemnización... sigue siendo presupuesto para la consumación del efecto expropiatorio. La Ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión” (pág. 117).
- “La explicación del fenómeno de la ocupación urgente sólo puede venir por... su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva” (pág. 118). En el mismo sentido se han pronunciado la mayoría de los comentaristas.

RODRÍGUEZ MORO (“*La expropiación Forzosa*”, Abella, Madrid, 1962), apoyándose ampliamente en el citado estudio de GARCÍA DE ENTERRIA, dice: “Que

la requisita de uso continúa en este caso límite se manifiesta en la circunstancia de que la ocupación sigue devengando la indemnización independiente por este concepto, según el artículo 52, y en la imposibilidad de que la Administración disponga de un título de dominio que, por el contrario (artículo 53), sigue perteneciendo al propietario...”. “Finalmente debe observarse que la situación que se considera es siempre transitoria y que cuando sea francamente irregular se dispondrá de otras medidas de reacción contra la misma (responsabilidad civil de la Administración o de los funcionarios, típicamente)”. “El artículo 60 del Reglamento... ha vuelto a la solución doctrinal diciendo que en los supuestos del artículo 52 se suspenderá la inscripción hasta que, fijado definitivamente el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación” (págs. 454-455).

Asimismo, CARRETERO PÉREZ (“*Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*”, Santillana, Madrid, 1966), abundando en la misma dirección doctrinal, afirma lo siguiente (pág. 173): “En el interregno entre el depósito previo y el pago definitivo no hay una transferencia de la propiedad, sino una posesión administrativa, sometida a una condición resolutoria; la del pago total”. “El anticipo que se obliga a depositar a la Administración expropiante tiene el carácter de una cautela”. “La prueba es que la transmisión de la propiedad es posterior al pago del justiprecio, ya que el acta de depósito previo a la ocupación no es el título inscribible; hasta el pago total no se consuma la expropiación y la inscripción de la transferencia se suspende hasta que, fijado el justiprecio, se haya verificado el pago o su consignación”.

MORENO GIL (*“Expropiación Forzosa”*, Civitas, Madrid, 1986) recoge una Sentencia de 29 de junio de 1979 en la que se afirma que los intereses de demora (en los casos de ocupación urgente del artículo 52), “constituyen una indemnización compensatoria de la privación, al propietario, de la posesión de la finca”; otra de 30 de marzo de 1978 en la que se refiere a una “desafección de expropiación que, al haberse producido antes de la culminación del expediente, fue más bien una ocupación temporal urgente... causándole los perjuicios derivados de la falta de posesión a su propietario, durante el tiempo que estuvo privado de ella”; otras, algo más antiguas (de 27 de abril de 1964 y 6 de noviembre de 1959), en las que se explica que “el derecho de reversión no es continuación de un expediente de expropiación ya terminado, sino un derecho otorgado en ciertos casos a los dueños de fincas expropiadas”, que se califica como derecho de “readquisición”; la Sentencia de 21 de diciembre de 1979 afirma que “aunque el derecho de reversión tenga sus orígenes en el derecho dominical del expropiado, surge ‘ex novo’, pues no nace con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, sino con la efectiva desafección de los bienes expropiados”; y otras muchas que vienen a corroborar esta misma idea de que la reversión “no es continuación de un expediente expropiatorio anterior” (sentencia de 4 de abril de 1978), sino “un derecho autónomo” (sentencia de 20 de febrero de 1979). Hay también una sentencia de 10 de diciembre de 1979 de gran interés, porque en ella se afirma que “es notorio que toda afectación expropiatoria lleva consigo un perjuicio en cuanto implica una disminución de las actividades

agrícolas, mercantiles e industriales en el Sector afectado, por la imposibilidad de efectuar transacciones, de obtener licencias para obras nuevas, etc. ... por eso hay daño indemnizable en los supuestos de afección expropiatoria, seguida de una posterior desafección”. Otra Sentencia de 12 de marzo de 1979 dice que “la iniciación de un expediente de expropiación, sin que ésta fuera llevada a cabo después por la Administración, causa un perjuicio indemnizable... distinto de los regulados en los Arts. 56 y 57 y exigible al amparo del Artículo 121”.

“En resumen, se puede afirmar que existe una jurisprudencia (producida durante las décadas 60 y 70, anteriores a la Constitución) que autoriza y confirma la tesis sustentada; que no hay transmisión de propiedad hasta que se produzca el pago; que la reversión es un derecho autónomo que sólo tiene lugar después de consumada la expropiación; y que en los casos de expropiación interrumpida después de la ocupación urgente hay lugar a la responsabilidad de la Administración”.

PERA VERDAGUER (“*Expropiación Forzosa*”, Bosch, Barcelona, 1987) recoge una Sentencia de 21 de octubre de 1981, según la cual “al acta previa a la ocupación no priva de sus derechos a los propietarios y poseedores”; y otras varias en las que se define, con gran precisión, la diferencia conceptual que existe entre “los perjuicios por la rápida ocupación” y los intereses por demora en la tramitación o en el pago (Sents. de 21 de diciembre de 1965, 6 de julio de 1950 y 13 de febrero de 1960). Nos recuerda este comentarista (pág. 415) que, en el procedimiento de urgencia, la presentación del acta previa de ocupación

y resguardo de depósito provisional provocará una anotación de suspensión (artículo 60.3 REF y 32, 3ª R.H.), quedando prevista la conversión de la anotación preventiva en inscripción siempre que antes de su caducidad (cuatro años, prorrogables por otros cuatro) se presente el documento que acredite el pago del justiprecio.

Este mismo comentarista (págs. 436 y 437) dice que “la Ley no trata especialmente de la posibilidad de desistimiento de la expropiación por parte de la Administración, bien que se venga admitiendo tal posibilidad, lo que puede plantear una serie de cuestiones, que son abordadas en un interesante trabajo que, motivado por la sentencia de 18 de octubre de 1986, ha realizado CARRETERO PÉREZ, en el que se analiza la doctrina de dicha Sentencia que establece que cabe el desistimiento... sin que quepa entender que la iniciación del expediente expropiatorio atribuya a los titulares afectados derecho subjetivo alguno vulnerado con el desistimiento... debiendo indemnizarse en su caso los daños y perjuicios causados”. A lo que se añade todo un rimerero de Sentencias que confirman esta tesis, las más recientes de 26 de enero y 14 de junio de 1983, 6 de febrero de 1985, 28 de septiembre de 1985, 5 de mayo de 1986 y 18 de octubre de 1986 (ya citada). Hay, pues, una línea constante, en la doctrina y en la jurisprudencia de los últimos 50 años, que avala y corrobora la doctrina que se mantiene.

Sin embargo también es obligado reconocer que ha habido voces discrepantes. Entre ellas, el Consejo de Estado, en un viejo dictamen de 9 de julio de 1959; y en otro, más reciente, de 23 de diciembre de 1986 (nº. 49.684).

El propio GARCÍA DE ENTERRIA, en el Curso que dicta en colaboración con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Civitas, Madrid, 1986, 2ª edición, Tomo II, págs. 260 y ss.) parece vacilar de sus convicciones sobre este punto, llegando a admitir que “hay base para sostener que la transferencia de propiedad ... se consuma en el momento de la ocupación urgente”, basándose en que así lo ha sostenido el C. de E. (dictamen de 9 de julio de 1959) y en dos singulares trabajos de GARCÍA-TREVIJANO y PARADA VÁZQUEZ (publicados en 1979 y 1969, respectivamente). No obstante lo cual dedica, a continuación, más de seis páginas a criticar “la desnaturalización del sistema” y su “necesaria corrección”, llegando a la conclusión de que “resulta imprescindible, y resulta hacedero sin necesidad de cambio legal alguno, que los gravosos perjuicios que se causan con las expropiaciones urgentes sean indemnizados en su totalidad”.

Por su parte, hay Sentencias del Tribunal Supremo en las que se afirma, categóricamente, que la ocupación urgente determina por sí sola el traspaso de titularidad dominical a favor del beneficiario de la expropiación (Sents. de 30 de marzo de 1978, 26 de enero y 14 de junio de 1983, 10 de marzo de 1986 y 1 de junio de 1987).

2. Los argumentos constitucional, hipotecario y exe- gético.

Junto al argumento de autoridad, y dada su limitación, pues la verdad está en las propias cosas y no en la afirmación de los muchos, hay otros tres que deben ser mencionados.

En primer lugar, el argumento constitucional: según el artículo 33.3 de la Constitución vigente “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización”. Si no “media” la correspondiente indemnización, nadie puede ser privado de sus bienes y derechos. De donde se deduce que una expropiación no puede entenderse nunca consumada hasta que se haya hecho efectivo el pago del justiprecio, sea antes o después de la ocupación efectiva de los bienes expropiados.

En segundo lugar, está el argumento hipotecario. Conforme a lo dispuesto en el artículo 60.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa y en el 32.3 del Reglamento Hipotecario, la ocupación urgente no da lugar a una inscripción de dominio, sino tan sólo a una anotación preventiva; que se convierte en inscripción tan pronto como queda acreditada la efectividad del pago, pero que pierde toda su virtualidad si el pago no se produce dentro del plazo de caducidad marcado por la Ley. Si se entendiese que la transmisión forzosa de la titularidad dominical había quedado consumada, con plenos efectos jurídico-reales, desde el momento mismo de la ocupación del bien expropiado, carecería de toda lógica que se dilatase su inscripción registral, a través del mecanismo, puramente cautelar, de la anotación preventiva, hasta el momento del pago.

Concurre, por último, un tercer argumento simplemente exegetico. El artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa reconoce a los expropiados el llamado “derecho de reversión” en tres supuestos; inexecución de la obra o servicio que motivó la expropiación; existencia de partes sobrantes; y desaparición ulterior de

la afectación a las obras o servicios que motivaron la expropiación. Se advierte fácilmente que, en todos estos casos, se dá por supuesta la total consumación de la expropiación. Es decir, el pago del justiprecio, la ocupación de los bienes expropiados (anterior o posterior al pago, según se trate de expropiación urgente u ordinaria) y, finalmente, la afectación de los mismos a la obra o servicio que motivó la expropiación. El derecho a la reversión de los bienes o derechos expropiados se define en la Ley como un derecho a “recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio”. El término “recobrar” que utiliza la Ley es muy expresivo, porque nos indica que el derecho del expropiado está basado en la recuperación de algo que ya tenía perdido, pero que puede “readquirir”, mediante la devolución del justo precio (que se supone que percibió en su momento).

La reversión carece de sentido, en los términos en que la Ley la define, si previamente no ha quedado completa la expropiación, en todo su proceso (ocupación, pago, afectación). Porque no cabe que nadie “recupere” lo que nunca ha dejado de ser “suyo”. No se puede devolver lo que nunca se ha recibido (el justiprecio), ni se puede recobrar una titularidad dominical que en ningún momento se ha perdido, sin perjuicio de las cuestiones posesorias o indemnizatorias que puedan plantearse.

Estos tres argumentos (el constitucional, el hipotecario y el exegetico) llevan a la conclusión de que la expropiación no puede entenderse “consumada” hasta que hayan tenido lugar ambos requisitos: el pago y la ocupación. Porque, si ambos no concurren, no

puede operarse la transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados, con plenitud de efectos jurídico-reales, por el imperativo constitucional de que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino...mediante la correspondiente indemnización”. En el procedimiento ordinario no se plantea problema porque pago y ocupación son prácticamente simultáneos (artículo 53 L.E.F). En el procedimiento de urgencia se anticipa la ocupación, pero ello no significa que se trate de una “confiscación” o de una “requisita”, sino tan sólo de una anticipación de los efectos del pago que, previsiblemente, se ha de producir en un momento posterior inmediato, con efectos retroactivos. De tal manera que si el pago no llega a producirse la ocupación pierde toda su eficacia, en cuanto título real, y se convierte en un puro hecho posesorio.

Como consecuencia inmediata de las consideraciones que preceden, se puede afirmar que, en los casos de urgente ocupación, aunque haya tenido lugar la efectiva ocupación de los bienes o derechos expropiados, hasta que no se hace efectivo el pago del justo precio, no puede hablarse de transferencia forzosa de la titularidad dominical, no de expropiación plenamente consumada.

Lo que no quiere decir, por supuesto, que la Administración quede exonerada de su deber de resarcimiento por los perjuicios que hayan podido ocasionar sus sucesivas decisiones discrecionales y perfectamente legítimas de, primero, expropiar, y, después, desistir de la expropiación.

En conclusión, se pueden dejar establecidas las siguientes afirmaciones:

1. La Administración puede desistir, en cualquier momento, de una expropiación en curso, siempre que guarde las formas y asuma las consecuencias indemnizatorias que de ello se deriven.
2. La transferencia forzosa de los bienes o derechos expropiados no pueden entenderse “consumada” hasta que se haya producido el pago del justo precio, aunque haya tenido lugar su ocupación anticipada, por haberse seguido el procedimiento de urgencia.
3. Si el desistimiento de la Administración se produce después de “consumada” la expropiación (ocupación y pago), solamente cabe ofrecer a los interesados su derecho de “reversión”.
4. Si se produce antes del pago del justiprecio, no puede haber lugar a la reversión puesto que no se ha consumado la transmisión de la titularidad dominical; ni tampoco cabe reconducir la indemnización al procedimiento expropiatorio, que ha quedado sin objeto.
5. Por consiguiente, el único cauce procesal adecuado para dirimir estas cuestiones es el que señalan los arts. 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen jurídico y demás preceptos concordantes.
6. Consecuencia obligada de todo lo anterior es que, a la hora de valorar los perjuicios concretos que deben indemnizarse, no hay que tener en cuenta las reglas específicas de la reversión o de la ocupación urgente (arts. 52 y 54 L.E.F.); sino las más generales de la responsabilidad administrativa (artículo 40 L.R.J. y 121 L.E.F.)

que obligan a que el particular lesionado en sus bienes o derechos, sea resarcido por todos los daños y perjuicios que justifique habersele producido, sin ningún límite ni cortapisa legal.

V. Afirmada la tesis que se sustenta y justificada su razón de ser, conviene ahondar en algunos extremos de la misma.

A tal fin, se considera necesario aclarar el punto de partida del que se arranca.

En primer lugar, hay que admitir que el argumento de autoridad (doctrina, jurisprudencia) es siempre relativo, frente a los términos claros e inequívocos de un texto legal, máxime si se trata de la propia Constitución, norma suprema, cuando acoge y eleva al máximo rango normativo un principio general que ya venía siendo admitido y defendido por una tradición secular.

En efecto, el artículo 33.3 de la Constitución, en este punto, no hace otra cosa que mantener y confirmar el mismo principio que se viene afirmando en nuestro derecho constitucional, ininterrumpidamente, desde la Constitución de Cádiz (1812) hasta el Fuero de los Españoles (1945), permaneciendo constante en las Constituciones de 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931, a lo largo de toda una serie de Gobiernos Provisionales, Dictaduras, Monarquías y Repúblicas. Decía la Constitución de 1812, en el artículo 172: “No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni Corporación, ni turbarle en su posesión, uso y aprovechamiento de ella y si en algún momento fuese necesario para un objeto de conocida utilidad pública común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer

sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le de el buen cambio a bien vista de hombres buenos”. Las sucesivas Constituciones del siglo XIX sustituyen la expresión “sin que al mismo tiempo sea indemnizado” por la fórmula clásica de “previa siempre la indemnización correspondiente”. La de 1931, en su artículo 44 dice: “mediante adecuada indemnización”; y el Fuero de los Españoles, en su artículo 32, vuelve a hablar de “previa la correspondiente indemnización”.

Es bien sabido que esta misma expresión “previa la correspondiente indemnización” figuraba en el Anteproyecto Constitucional de 1978 y que, a consecuencia de la deliberación parlamentaria, fue sustituida por la actualmente vigente: “mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”.

No se trata ahora de discutir si la indemnización expropiatoria debe ser previa, simultánea o posterior al hecho material de la privación posesoria sino, simplemente, de destacar que el texto constitucional vigente, apoyándose en la tradición secular, sigue manteniendo el principio de que el pago de una indemnización (sea “adecuada” o sea “correspondiente” y aunque no sea “previa”) constituye un requisito substancial del acto expropiatorio, sin cuya concurrencia, anterior o inmediata a la privación posesoria, decae toda su validez y legitimidad. Quedan a salvo, con la sustitución de “previa” por “mediante”, las requisas y ocupaciones urgentes, pero permanece incólume el principio de que nadie puede ser privado de su propiedad si no concurren ambos requisitos: utilidad pública o interés social, y pago de la correspondiente indemnización.

Este último no es, como ha querido ver en cierto sector de la doctrina antigua, una consecuencia jurídico-privada del acto de autoridad que decide legítimamente el despojo; sino que es, y los textos constitucionales lo atestiguan, una condición “sino qua non” para que pueda operarse válidamente la mutación forzosa de la titularidad dominical de los bienes o derechos expropiados o requisados; de tal manera que, si no concurre, desaparece el título justificativo que legitimaba la actuación, quedando reducida la apropiación a una pura y simple vía de hecho.

El pago del justiprecio es “algo más” que un puro “crédito de resarcimiento”. Es un presupuesto esencial de validez del negocio jurídico-expropiatorio, que si no se satisface regularmente provoca la nulidad radical del negocio mismo. Desde la perspectiva de las garantías constitucionales es grave el intento de reducir conceptualmente el pago de la indemnización a un puro débito de resarcimiento, cuanto la Constitución y las Leyes no dejan lugar a dudas acerca de su carácter de requisito sustantivo y constitutivo de la expropiación misma. Las cinco sentencias, en las que pretende ampararse la posición contraria se refieren a cuestiones distintas y las expresiones rotundas que se contienen en sus considerandos son, con toda claridad, “obiter dicta” que en nada pueden comprometer la doctrina sustentada. Para comprobarlo, basta con examinar una a una, las Sentencias citadas, haciendo especial hincapié en los supuestos de hecho que las motivan:

- La Sentencia de 30 de marzo de 1978, no sólo no contradice, sino que confirma la tesis, en

cuanto afirma que “la desafectación del terreno tuvo lugar antes de consumarse la efectiva expropiación, y sí, tan sólo la ocupación urgente de la finca”. Como se ve, distingue netamente la “ocupación urgente” de la “consumación” de la “efectiva expropiación”.

- Las dos Sentencias de 1983, de 26 de enero y 14 de junio, se refieren ambas a una cuestión de rescate de concesiones sobre aguas del río Ter (Embalse de Sau), que tiene muy poco que ver con lo que estamos discutiendo; sobre todo por que se impone un problema concesional que impide generalizar las conclusiones de dichas Sentencias para aplicarlas a otros supuestos expropiatorios distintos.
- La Sentencia de 10 de marzo de 1986, en su Fundamento Jurídico 3º dice lo siguiente: “Indiscutido el hecho de que la finca no llegó a ser ocupada por la entidad beneficiaria...”. Es claro, pues, que contempla un supuesto distinto.
- La Sentencia de 1 de junio de 1987, finalmente, se refiere a una Orden Ministerial que disponía que la empresa beneficiaria de la expropiación abonase, además de la cantidad ya depositada como justiprecio, otra cantidad adicional, en concepto de intereses legales, cuya cuantía es, precisamente, el objeto de polémica.

Ninguna de estas cinco sentencias sienta doctrina acerca del tema por referirse todas ellas a cuestiones distintas, aunque haya de reconocer que en alguna de ellas se deslizan expresiones contrarias. Aunque sin

mayor transcendencia porque se trata simplemente de “obiter dicta”.

Por otra parte, el argumento hipotecario es de todo punto incontestable. Que la inscripción de dominio a favor del beneficiario de la expropiación no puede autorizarse hasta que se acredite el pago, permitiéndose tan sólo la extensión de una anotación preventiva, no puede tener otra explicación que la recogida: el beneficiario no adquiere la titularidad dominical, de forma plena y definitiva, hasta el momento del pago. Hasta entonces, sólo dispone de una “*possessio ad acquirendum*” que puede consolidarse o decaer, según que el pago tenga lugar o no, dentro del plazo legal de vigencia de la anotación. Solo un “*lapsus mentis*” puede justificar las expresiones que se contienen en la sentencia de 1 de junio de 1987 y parecen inducir a una interpretación distinta (Considerando primero de la sentencia apelada).

VI. Antes de concluir, parece obligado llamar la atención acerca de otros aspectos doctrinales de singular importancia que aparecen implicados en la tesis que se sustenta. En primer término, el de la naturaleza jurídica de los acuerdos expropiatorios. Es muy frecuente en la doctrina que, para referirse a la expropiación, se utilicen expresiones tales como “compraventa forzosa”, “transmisión forzosa” y otras similares.

Estas expresiones, aunque el uso generalizado las suele reducir a sus justos términos, son en sí mismas contradictorias, equívocas y paradójicas; y han conducido, en algunos casos, a incurrir en graves errores conceptuales como, por ejemplo, pretender aplicar a la expropiación la doctrina del título y el modo, que

según el artículo 609 del Código Civil solamente es aplicable “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, siendo así que la expropiación ni es un contrato, ni es tan siquiera una transmisión derivativa del dominio.

MARTIN WOLFF (en el Tratado de ENNECCE-RUS, edición española de Bosch, Barcelona, 1951, Tomo III, vol. 1º, pág. 365) afirma categóricamente que “la expropiación no es un negocio jurídico, ni por tanto compraventa forzosa”, sino más bien “un acto de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado el traspaso de la propiedad”. A lo que añade que el beneficiario no es un “sucesor jurídico del expropiado” ya que su derecho no se apoya en el derecho del titular anterior.

Entre otros, CASTAN reconoce que “si bien es verdad que en su concepto clásico la expropiación fue considerada como una venta forzosa, la doctrina moderna —según expone VALVERDE— rechaza esta opinión, por entender que no existe en aquélla el consentimiento del propietario, al no ser voluntaria la enajenación”. “El verdadero sentido de la expropiación forzosa, según la orientación moderna, no es otro que el de un acto de derecho público, derivado de la autoridad del estado, como representante de los intereses colectivos” (Reus, Madrid, 1950, 7ª edic. Tomo II, pág. 269). En el mismo sentido ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1954, Tomo III, pág. 231): “La expropiación forzosa, en rigor, no implica una compraventa forzosa pues no constituye un negocio jurídico de transmisión de propiedad, aunque en el fondo provoque un traspaso de dominio. En ella no se produce una verdadera ‘sucesión’”.

sión', sino más bien una adquisición 'originaria'. Y en apoyo de estas mismas ideas recoge la cita de dos Resoluciones de la D.G.R.N. de 25 de octubre de 1952 y 25 de febrero de 1953.

Con el fin de no prolongar más esta exposición, baste con retener las dos ideas básicas que deben tenerse siempre presentes, en todo nuestro razonamiento: 1^a) que la expropiación no es un contrato, ni un negocio jurídico de derecho privado, sino un acto de autoridad de derecho público y que, por lo tanto, se rige por sus propias normas, sin que puedan serle de aplicación directa las que rigen para los contratos sinalagmáticos; y 2^a) que su consecuencia jurídico-privada no es una "transmisión", sino una auténtica "fractura" de la titularidad dominical, es decir, una adquisición "originaria", de efectos muy similares a los que dan lugar la ocupación, la usucapión o la adquisición "a non domino" del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

VII. Para terminar, deben aludirse a las consecuencias a que puede conducir, en la práctica, la doctrina que se sustenta.

La doctrina adversa a la sustentada pretende ampararse en una mejor defensa de los intereses del expropiado. Un somero repaso de los casos concretos que puedan plantearse será suficiente para tranquilizar esta inquietud en defensa del administrado.

Si la finca no ha llegado a ser ocupada efectivamente, aunque se hubiere levantado el acta de ocupación, no parece que pueda suscitarse ninguna duda acerca de que sigue siendo de propiedad y posesión del expropiado. Por tanto, el desistimiento y

cancelación del expediente expropiatorio, sólo pueden dar lugar a un resarcimiento de los perjuicios causados.

Si la ocupación urgente se ha producido efectivamente, con desalojo del propietario expropiado, se plantea la cuestión de si éste, antes de percibir el pago, puede rehusar la devolución de los bienes expropiados y limitarse a exigir el cumplido pago que se le debe. No parece que en este caso deba prevalecer, sobre la defensa genérica del derecho de propiedad que la Constitución garantiza, la defensa de los intereses concretos de un determinado propietario que prefiera mantener a ultranza los efectos de la privación de sus bienes que se le impuso forzosamente por decisión de la Autoridad. Finalmente, hay que hacer una alusión a la doctrina de los riesgos, que ha sido expresamente mencionada.

Es bien sabido que, sobre este punto, nuestro Código Civil (arts. 1.096, 1.182 y 1.452) acoge la doctrina romana de que “*periculum reivenditae statim ad emptorem pertinet*” (Instituta, III-2, frag. 3º). Es decir, que desde que la compraventa es perfecta, aunque la cosa todavía no haya sido entregada y siga en posesión del vendedor, el riesgo de perecimiento por caso fortuito tiene que ser asumido por el comprador, sin que ello le libere de su obligación de pagar el precio convenido.

Esta doctrina que está referida a la compraventa y, en general, a todas las obligaciones de dar, debe igualmente ser aplicada en los casos de expropiación, y con mayor razón, puesto que se trata de una requisición forzosa que opera “*ope legis*” y sin consentimiento del propietario.

Por último, debe dejarse constancia de que la tesis que se sustenta favorece al reclamante si se atiende a la disponibilidad de las cantidades que han de ser abonadas por la Administración. Si la reclamación se instrumenta a través del procedimiento de expropiación y éste ya está concluido a resultas de un desistimiento de la Administración, es más que probable que no exista consignación presupuestaria para afrontar el pago de la indemnización, de tal suerte que el damnificado habrá de esperar al ejercicio siguiente para hacer efectivo su crédito. Por el contrario, si la reclamación se instrumenta a través del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, el damnificado tendrá siempre la posibilidad de cobrar de forma inmediata por cuanto los créditos presupuestarios previstos para afrontar el pago de las indemnizaciones derivadas del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración (hoy 139 de la Ley 30/1992) tienen el carácter de “automáticamente ampliables”.

(1990)

CAPÍTULO IV

LOS RESARCIMIENTOS PÚBLICOS

SUMARIO: I. La aparición de las técnicas de garantía compensatoria: los resarcimientos; II. Responsabilidad y resarcimiento: diferencias; III. Fundamento y naturaleza de los resarcimientos; IV. Resarcimientos específicos.

I. La aparición de las técnicas de garantía compensatoria: los resarcimientos

En el siglo XX apareció el que ORTEGA denominó el hombre masa y lo hizo con tal fuerza que constituye uno de elementos definidores de la centuria. El hombre masa es aquél que tiende a exigir del Estado que asuma la resolución de cualquier dificultad, conflicto o problema que surge en la sociedad. Si algo va mal, se busca un culpable: el Estado. El resultado de esta actitud ha conducido a una gran crisis del derecho entendido en su forma tradicional pues el Estado y el derecho han tenido que articular nuevas for-

mas y nuevas técnicas para satisfacer los anhelos de la nueva sociedad. Nuevas formas y técnicas que no han venido a hacer tabla rasa de los conceptos tradicionales sino, bien a imbricarse en los esquemas clásicos, provocando la ausencia de criterios rectores uniformes para todo el ordenamiento, bien a provocar la aparición de nuevas regulaciones. Con ello, el ordenamiento ha perdido inteligibilidad y eficacia, pues reposa sobre ideas vagas, nociones ambiguas y fundamentos contradictorios.

Uno de los sectores del ordenamiento jurídico donde la aparición del hombre masa y sus exigencias ha tenido mayor incidencia es el de la responsabilidad. Trabajosamente y durante siglos se había ido depurando un específico ámbito en el que, desechada sucesivamente toda idea de responsabilidad colectiva, familiar y personal, se afirmó la obligación de compensar económicamente los daños causados a consecuencia del actuar imputable a su autor. La noción de responsabilidad se definía por la imputabilidad, esto es, por la reprochabilidad de la conducta causante del daño, y la antijuridicidad del comportamiento realizado (*sistema de responsabilidad por culpa*). Ya en la primera centuria del siglo XX, la depurada construcción, alcanzada por la incorporación de las ideas canónicas, presentó notables insuficiencias, debido a la aparición del maquinismo y la importancia que cobraron determinadas actividades creadoras de riesgo. El sistema de responsabilidad por culpa pudo, no obstante, ofrecer un remedio de soluciones a los nuevos problemas que se suscitaron: la incorporación del riesgo como título jurídico de imputación (*sistema de responsabilidad por riesgo u objetiva*), la inversión de la carga probatoria en

el caso de daños y otras técnicas análogas fueron bastantes para cubrir en su mayor parte las dificultades planteadas.

El sistema de responsabilidad, tanto por culpa como por riesgo u objetiva, se basaba en la idea tradicional de imputabilidad. El daño causado era atribuible al sujeto responsable por culpa o por riesgo. Ahora bien, el esquema mostró sus limitaciones para satisfacer las exigencias sociales suscitadas por el hombre masa durante la segunda mitad del siglo XX. Desde esas cercanas fechas, el que sufre un daño se vuelve al Estado para exigir algún tipo de compensación económica, aunque éste sea completamente ajeno a la actividad dañosa.

Las limitaciones del instituto de la responsabilidad indicadas han provocado pues la aparición de nuevas formas de resarcimiento de los daños y perjuicios. La insuficiencia de la doctrina tradicional de la culpa, la injusticia material que supone que una persona se vea sujeta a responsabilidad cuando no ha mediado culpa por su parte, la generalización de la idea de seguridad y la difusión de las concepciones socializadoras han motivado que las legislaciones articulen mecanismos específicos de compensación de los daños: son los resarcimientos.

En España, el proceso indicado tiene sin embargo perfiles singulares respecto a otros ordenamientos jurídicos. Y es que, en nuestra Patria, desde 1957, se cuenta con el sistema de responsabilidad público más amplio de cuantos existen. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado instauró un sistema de responsabilidad pública universal y objetiva. Ello motivó que, ante la insuficiencia

del sistema tradicional de responsabilidad por culpa, el reclamante pretendiera su indemnización con base en la cláusula general consagrada en el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Pero cuando el ámbito de dicha cláusula resultó insuficiente, toda vez que no se trataba de un seguro universal, el hombre masa no se paró en su solicitud: exigió más. Y, en aras de la paz social, el Estado ha asumido la carga de resarcir daños que no le son imputables con base en los títulos tradicionales. Ha nacido así en nuestro ordenamiento la *técnica de la garantía compensatoria* (resarcimiento).

II. Responsabilidad y resarcimiento: diferencias

La responsabilidad es la institución que articula la regla “*ad alterum non laedere*”; quizás, la más importante de las que gobiernan la convivencia humana. La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética: el autor del daño responde de él; está sujeto a responsabilidad. Y, en principio, la responsabilidad se traduce en la obligación de indemnizar.

No todos los comportamientos dañosos tienen idéntico fundamento e iguales perfiles, pero sí responden a una misma estructura. La doctrina los ha agrupado en dos grandes categorías según su fundamento: los que consisten en incumplir un pacto, por una parte, y los que se producen en el desarrollo de cualquier actividad humana, al margen de toda relación jurídica entre el causante del daño y la víctima, de otra parte. En el primero de casos, el deber de indemnizar deriva

de otro deber, el de cumplir, que ha sido infringido. Así se habla de responsabilidad contractual. En el segundo caso, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del hecho dañoso; porque una persona ha incumplido las normas generales del respeto a los demás. Es la llamada responsabilidad extracontractual, aquiliana o civil.

La diversidad de fundamento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual no oculta empero su idéntica estructura. En ambas, se aprecia una conexión directa entre la actuación del autor del hecho dañoso y el daño mismo. En ambas cabe establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto y el resultado producido. Y, en ambas, existe obligación de reparar los daños.

Dejando de lado la responsabilidad contractual y atendiendo sólo a la extracontractual, se ha señalado la diversidad de motivos por los cuales quien ha causado un daño está obligado a repararlo. Ante una interrogante de esa índole, caben dos contestaciones: el autor del daño responde, bien porque se ha producido por su culpa, bien porque ha desarrollado una actividad creadora de riesgo. En el primero de los casos, se habla de responsabilidad subjetiva o por culpa; en el segundo, de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad así concebida está construida sobre la noción de la imputabilidad y no sobre la base de la antijuridicidad. La antijuridicidad no es elemento esencial de la responsabilidad pese a lo que comúnmente se dice. La antijuridicidad está presente en todo caso de conducta culpable; falta ocasionalmente en los supuestos en que el acto dañoso se produce por riesgo. Y no se concurre nunca en la denominada respon-

sabilidad compensatoria en la que el causante del daño está autorizado para realizar una inmisión en los derechos ajenos, si bien con la carga de reparar los perjuicios que origina con su actuar (*estado de necesidad y otros análogos*).

La responsabilidad está construida sobre la noción de la imputabilidad. El que causa un daño a otro está obligado a repararlo, si la actividad causante le sea imputable directamente por una actuación propia, en la que se aprecia una falta de cuidado o la creación de un riesgo (*hecho propio*), o por quedar el hecho lesivo dentro de su ámbito de dirección y cuidado (*hecho ajeno o de animales y cosas*).

La idea de responsabilidad se construye técnicamente sobre la noción de obligación y está ligada de forma íntima a la noción de indemnización. El que es responsable está obligado a indemnizar el daño causado. El deber de indemnizar por ser responsable se instrumenta mediante el concepto de obligación. Y es que, dentro de las distintas figuras de deber, la obligación hace referencia a la situación en que se encuentra un sujeto en el seno de una relación jurídica que se ve en la necesidad de observar una conducta para satisfacer un interés ajeno, precisamente el del titular del derecho subjetivo; en este caso, el del lesionado. La responsabilidad obliga, por otra parte, a reparar o indemnizar íntegramente el daño. La indemnización debe ser omnicompreensiva de todos los perjuicios causados.

El resarcimiento es una técnica distinta; es una técnica de garantía compensatoria. En virtud de ella, cuando está previsto específicamente por el ordenamiento en una norma de rango legal, el Estado o un

tercero asume la obligación de compensar el daño producido por un sujeto ajeno y cuya actuación en modo alguno le es imputable. La acción causante de la lesión sufrida por el dañado no se puede atribuir a quien resarce, ni de manera directa, ni de manera indirecta. En la responsabilidad, un sujeto puede ser responsable de las acciones de otro, si éste queda comprendido dentro de su ámbito de dirección, y, por ende, puede estar obligado a indemnizar los daños causados (*responsabilidad por hecho ajeno*). Existe pues una ligazón entre el causante del daño y el obligado a indemnizar. En el resarcimiento, por el contrario, no existe tal conexión. Quien asume la obligación de resarcir lo hace pese a no tener ninguna ligazón con la actividad dañosa: no la desarrolla, no tiene obligación de vigilarla.

El resarcimiento se articula mediante la técnica de la garantía. Funciona sobre la base de la socialización de los riesgos y, por ende, de la compensación de todas las eventuales víctimas. Se trata, en fin, de una garantía colectiva. El resarcimiento se construye sobre la noción de deber genérico, de vínculo, y no de obligación. Se articula de diversas formas y conforme a distintos principios según la voluntad del Legislador, a saber: subsidiariedad o solidaridad; igualdad o diversidad.

La vigencia del principio de subsidiariedad comporta que la víctima sólo tiene derecho a verse resarcido mediante el instrumento de garantía cuando el responsable no lo hace o lo hace en cuantía insuficiente. Por el contrario, la vigencia del principio de solidaridad determina que la víctima se ve beneficiada por el mecanismo de garantía en todo caso y con

independencia de la posible indemnización que pudiese percibir del responsable del hecho dañoso. La aplicación del principio igualdad, por su parte, determina que el resarcimiento sea de aplicación a todas las víctimas, con independencia de su situación y circunstancias personales, frente a lo que ocurre cuando aquél se adecua de forma discriminatoria, pues, en tal caso, actúa o no según la condición de la víctima.

Responsabilidad y resarcimiento son pues técnicas de compensación diametralmente opuestas. Por responsabilidad, se indemniza, de tal modo que el causante está obligado a reparar íntegramente los daños producidos. La regla del equivalente es consustancial a la idea de responsabilidad. Las cláusulas de limitación de responsabilidad son excepcionales. Por el contrario, por resarcimiento, se asiste, se compensa, se resarce, pero no siempre por el equivalente, de tal manera no rige la regla de la indemnidad.

III. *Fundamento y naturaleza de los resarcimientos*

La doctrina y la jurisprudencia han invocado varias razones para justificar la técnica del resarcimiento y que un sujeto ajeno al hecho causante del daño asuma el deber de resarcir. La compasión, la caridad, el interés político o los principios de orden jurídico son algunas de ellas. Con base en estas razones, los resarcimientos se califican como manifestaciones de la beneficencia pública; como prestaciones de asistencia social; o, en fin, como compensaciones de carácter singular y naturaleza especial.

Para algunos, la compasión justifica el resarcimiento de determinados daños. La gravedad de los daños irrogados, el desamparo en que quedan las víctimas y las tragedias humanas a que dan lugar determinados hechos dañosos no pueden dejar indiferentes al derecho y a la sociedad. Aunque el mundo jurídico es ajeno a los sentimientos, la situación de las víctimas es tan grave que crea en la comunidad un ánimo de conmiseración o compasión que lleva a crear instrumentos tendentes a paliar los efectos producidos.

En el ámbito de lo jurídico, la compasión es el fundamento último de la beneficencia. La actividad jurídica de beneficencia es siempre gratuita; tiene por beneficiarios a particulares en situación de indigencia y necesidad, quienes se acogen voluntariamente a su acción y su finalidad es de remedio, no policial. Ocurre muchas veces que los resarcimientos se acomodan a estas notas, de ahí que se afirme que no son sino una manifestación de la actividad de beneficencia.

La idea de caridad ha sido también invocada por otros como justificación de los resarcimientos legalmente previstos. La caridad, en cuanto título legitimador de una actividad jurídica, se caracteriza por basarse en una obligación moral que tiene relevancia para el mundo del derecho. La caridad sirve de base a la noción de asistencia social. Al igual que la beneficencia, la caridad es gratuita, pero, frente a ella, no exige la concurrencia de una situación objetiva de indigencia y necesidad en los beneficiarios. Así las cosas, los resarcimientos son expresiones de la asistencia social, según algunos.

El interés político es asimismo aducido como fundamento para el establecimiento de los casos de resar-

cimiento de daños. La asunción por un tercero de daños ajenos pretende paliar el descontento social. A la pregunta de cuáles son los motivos que llevan a conceder especial protección económica a los perjudicados por determinados hechos, sin hacerla también extensiva a las víctimas de otros, se contesta que la respuesta está en terreno político.

Otros, en fin, han expuesto que las razones justificativas de los resarcimientos hay que buscarlas en el mundo de lo jurídico. Estas giran sobre dos pivotes, a saber: la insuficiencia de los mecanismos ordinarios de indemnización y la imperiosa razón de justicia de compensar a las víctimas. Los mecanismos ordinarios de indemnización propios del derecho privado y de derecho público resultan insuficientes para indemnizar a las víctimas. Esa insuficiencia no puede comportar sin embargo una situación de abandono. Y es que razones de justicia obligan a ampararlas. La justicia, como fundamento último del derecho, justifica el establecimiento de un mecanismo compensador; en concreto, la denominada justicia distributiva. La médula de la justicia distributiva está en las ideas de libertad, igualdad y solidaridad que no son sólo principios inspiradores del ordenamiento sino instrumentos que se concretan en mecanismos de cobertura de daños. En otros términos, en ellas se asienta el derecho de las víctimas a ser resarcidas por los daños sufridos.

La idea de libertad constituye el fundamento último y metajurídico, de la noción de justicia y, en lo que interesa, de la responsabilidad. Por otra parte, atendiendo a criterios jurídicos, la médula de la justicia está en la idea de igualdad. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia. En cada una de ellas

se plasma de forma diferente el postulado de igualdad: la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación; la justicia distributiva, por su parte, preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas. La justicia conmutativa es propia del derecho privado frente a la distributiva que lo es del derecho público. La justicia distributiva está presidida además por la idea de solidaridad.

La igualdad es un principio informador del Estado y de su ordenamiento jurídico; se concreta en un tratamiento parejo de los derechos y los deberes de las personas y se proyecta tanto en las relaciones privadas como en las de índole pública.

En las relaciones de naturaleza pública, los poderes no pueden menoscabar la igualdad en sus actuaciones, bien haciendo recaer el peso de las cargas sólo sobre algunos particulares, bien distribuyéndolas de forma desigual entre ellos. Los sacrificios exigidos a los ciudadanos por razón del interés general han de ser repartidos de forma pareja. Si no se da ese trato igual, nace en todo individuo un derecho tendente a exigir el mismo trato que el recibido por sus iguales; en tal sentido, la doctrina habla de la igualdad como derecho de reacción, pues al producirse el perjuicio injusto, nace el derecho subjetivo de recabar la reparación.

El carácter reactivo ha permitido afirmar a la doctrina que la igualdad lleva ínsita tanto la idea positiva de “igual reivindicación de derechos” como la negativa de “igual reparto de las cargas” derivados del ejercicio de dichos derechos. La “igual reivindicación de derechos” comporta que el lesionado tiene la facultad

para exigir, ora el restablecimiento de la situación anterior, ora una compensación económica los perjuicios sufridos, bien en especie, bien en dinero. El derecho a la compensación económica de los perjuicios no es otra cosa que una formulación del “derecho al derecho”. En íntima vinculación a la noción de igualdad, la compensación de perjuicios presume la igualdad jurídica de los patrimonios entre los cuales debe restablecerse el equilibrio.

En otros términos, la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas tiene como consecuencia que toda víctima quede investida de un derecho a obtener una compensación del perjuicio sufrido. Si no existe tal compensación, dicha igualdad se quiebra.

La solidaridad es, por otra parte, uno de los principios jurídicos fundamentales contemporáneos y, como tal, en el siglo XX, ha cobrado incluso relevancia constitucional. “Lleva consigo, por una parte, una obligación cierta, voluntaria y eficaz por parte de los individuos unidos o agrupados para el objeto convenido, y por otro, un derecho recíproco de obtener, cada uno también de aquéllos, los beneficios o resultados provechosos que sean directa consecuencia del fin perseguido al crear la solidaridad entre los mismos”. Es un vínculo de armonía entre la persona y los intereses colectivos. En cuanto concepto jurídico indeterminado, la solidaridad tiene una dimensión concreta: asegurar un reparto igualitario de las cargas. Se configura como un instrumento complementario de la noción de igualdad que permite llegar a una solución justa en los casos en los que ésta no alcanza. Y este es el supuesto de los resarcimientos: llegar donde no alcanza la responsabilidad.

IV. Resarcimientos específicos

El ordenamiento jurídico patrio ofrece diversos casos de resarcimientos específicos; a saber:

1. *El resarcimiento de los daños padecidos por las víctimas del terrorismo.*

a) *Regulación.*

El terrorismo y sus graves consecuencias ha llevado al Estado a articular un mecanismo de resarcimiento de los daños sufridos por las víctimas. Se trata de una garantía que no intenta cubrir todas las lesiones padecidas por las víctimas sino sólo las más graves.

La acción protectora se ha desarrollado por el Estado y por las Comunidades Autónomas. La intervención de éstas, incluso aunque no tengan competencia en materia de derecho civil conforme a la Constitución, ha sido posible por cuanto los resarcimientos no entran en la noción de “legislación civil” a que se refiere el artículo 149.1.8 del Código Político sino que se incardinan en la noción más genérica de “asistencia social”.

La Ley 32/1999, de 8 de octubre, modificada por Ley 2/2003, de 12 de marzo, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, constituye la cabeza del grupo normativo estatal aplicable y el Reglamento dictado en su ejecución, aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre y el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, las normas básicas del referido grupo.

Las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en la materia establecen regulaciones de contenido análogo a la regulación estatal (Madrid, *Ley 12/1996, de 19 de diciembre*; Valencia, *Ley 1/2004, de 24 de mayo*, etc.), bien completando sus previsiones, bien mejorando las ayudas previstas en ella.

Por virtud de la regulación vigente, el Estado asume resarce los daños causados por las organizaciones terroristas y bandas armadas. Tal resarcimiento no comporta la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna por los delitos cometidos.

- b) *Sujetos responsables de las acciones que dan lugar al nacimiento del derecho a percibir los resarcimientos.*

En relación con el sujeto causante del daño, debe señalarse que la legislación aplicable no exige que sea terrorista, pues tal calificativo se predica del acto. Requiere que el causante esté integrado en banda o grupo armado o que actúe con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. En otros términos, no se utiliza el calificativo “terrorista” para definir a los grupos, las bandas o sus miembros. No hay por tanto reducción de la acción protectora del Estado a las acciones de las bandas y grupos de tal carácter. El mecanismo protector que se examina es de aplicación a los fenómenos de criminalidad colectiva, a las bandas armadas, de los que el terrorismo es expresión arquetípica. En otros términos, las medi-

das protectoras resultan en consecuencia aplicables a las modalidades delictivas que son expresión de la criminalidad organizada y, respecto de la cual, el terrorismo es su expresión prototípica.

Por otra parte, tampoco es dable identificar banda armada y grupo armado. Frente a una extendida opinión penalista que afirma que existe tal identidad, pues lo importante es el “carácter institucional del grupo terrorista”, en el ámbito administrativo, se establece una distinción entre ambas figuras. El grupo exige una organización y tiene carácter estable; la banda, por el contrario, en sí misma considerada, no precisa de una estructura organizada, sino que es expresión de una simple manifestación gregaria de sus miembros, caracterizada por la fungibilidad de sus integrantes. La noción de banda es pues más amplia que la de grupo, si bien exige un concierto de voluntades homogéneas para perpetrar actos delictivos, la efectiva agrupación para tales conductas y el carácter persistente o continuado de las mismas. No requiere que esté materializada en una forma jurídica específicamente asociativa ni que tenga establecida la jerarquización de sus miembros. Una banda es un esquema primario y como tal está más definida por el gregarismo de sus componentes que por la expresión interna de sus estructuras y más también por la simple vinculación de aquéllos que por el definido proyecto de sus concurrentes propósitos. Ahora bien, la simple participación desigual y ocasio-

nal de varios sujetos en la realización de un crimen no los transforma sin más en una banda armada.

Esta interpretación amplia del concepto de banda o grupo armado no puede comportar que las secuelas lesivas de todo fenómeno colectivo de criminalidad deban ser asumidas por el Estado. Es preciso distinguir entre supuestos de ejercicio colectivo de criminalidad y supuestos de criminalidad colectiva, poniendo de manifiesto que, en los primeros, la acción delictiva gira en torno a la relación delincuente-acto; sin embargo, en los segundos, que son precisamente los contemplados por la legislación tuitiva analizada, la relación básica se da entre la banda y la acción, de tal suerte que lo gregario desplaza a lo individual.

Por otra parte, hay que resaltar que la legislación protectora que se analiza ha amparado el pago de resarcimiento en el caso de acciones delictivas cometidas por autores desconocidos. Por lo general, producido un hecho delictivo se inician actuaciones policiales y, en ocasiones, diligencias judiciales que son archivadas casi inmediatamente, al no dar resultado positivo alguno las averiguaciones para determinar quiénes fueron los autores. Consta, sin embargo, de manera indubitada que el delito fue cometido por dos o más individuos que actuaron de forma coordinada. La víctima o, en su caso, los perjudicados por la acción delictiva no pueden hacer nada o casi nada en las labores de investigación. Esta corresponde legalmente a

los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no pudiendo realizar averiguaciones sobre los delitos cometidos, no ya los particulares, sino tampoco quienes ejercen privadamente funciones públicas en el ámbito de la seguridad o se dedican a las tareas de investigación, pues la legislación específica tanto de unos como de otros lo prohíbe. Cuando las actuaciones investigadoras de los órganos administrativos no han dado fruto alguno y se decide concluir las sin haber podido llegar a determinar los autores del hecho delictivo y su posible conexión con bandas armadas, no sería justo imputar ese resultado —a título de falta de prueba de derecho— a quien no tuvo parte en la producción del actuar criminal y se mantuvo al margen de aquellas investigaciones. En tales casos, las víctimas reciben los resarcimientos legalmente previstos. Ello no comporta la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pues el resultado lesivo sufrido por la parte peticionaria no es consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio de seguridad, sino fruto de la actuación de grupúsculos que se sitúan al margen de la legalidad. En fin, no existe responsabilidad alguna de la Administración pero sí es obligada una lógica atribución a ella de las consecuencias de su actividad y la concesión a la parte más débil del beneficio de la duda, eligiendo, entre las conjeturas que legítimamente pueden formularse en el estado en que desembocan las averiguaciones, la que más armoniza con la fi-

nalidad tuitiva de esta legislación especial y permite hacer llegar su protección a las peticiones de amparo que se hacen llegar ante la Administración.

c) *Personas beneficiarias de los resarcimientos.*

Son beneficiarios de los resarcimientos las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana en el caso de que lesiones personales. En caso de fallecimiento, las personas que hubiesen sido designadas derechohabientes en la correspondiente sentencia o sus herederos; y, caso de no haberse dictado, el cónyuge no separado legalmente o la persona que hubiera venido conviviendo con la víctima de forma permanente al menos los dos años anteriores, salvo que tuviera descendencia común en cuyo caso basta la mera convivencia, y los herederos en línea recta descendente o ascendente hasta el segundo grado de parentesco. Y, por último, si se trata de daños materiales, tienen derecho a percibir la correspondiente compensación el propietario, el arrendatario y los titulares de derechos reales.

En el caso de daños personales, dos son los requisitos para quedar comprendidos en el ámbito personal de aplicación de los beneficios previstos en ella: a) ser persona no responsable de los delitos que causan el daño en todo caso; y b) ser, bien el propio lesionado, bien familiar; o

haber sufragado determinados gastos médicos por tratamiento o estar en un determinado grado de parentesco respecto a la víctima, en el caso de los daños personales, o tener determinados derechos sobre los bienes dañados, en el caso de los materiales.

Debe indicarse que si el interesado no reclama el resarcimiento, no pueden hacerlo sus acreedores en el ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código Civil, según se ha mantenido, aunque es una cuestión dudosa.

El derecho de resarcimiento por razón del terrorismo y las indemnizaciones a que da derecho no forman parte de la herencia en el caso de que se haya producido el óbito de la víctima. En este caso, el resarcimiento debe equipararse a la indemnización por razón de muerte y, por consiguiente, considerarse que se trata de un haber que nace a resultas de la muerte en el patrimonio de quienes están legalmente determinados, con independencia de su condición de herederos. Por el contrario, el resarcimiento que corresponde a quienes han sufrido lesiones personales o daños materiales y, con posterioridad e independencia del atentado, fallecen, pertenece a la herencia, pues es un derecho que no nace directamente en las personas llamadas a su obtención por el óbito del causante, sino que se origina en el patrimonio de éste y que se transmite con arreglo a las normas sucesorias generales.

El reconocimiento de los resarcimientos corresponde al Ministerio del Interior.

2. Las ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

La Ley 35/1995, de 11 de junio, de Ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual prevé otros resarcimientos en favor de las víctimas de los delitos dolosos y violentos que hayan sido cometidos en España y cuyo resultado es la muerte, las lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental. La Ley se dictó en desarrollo del Convenio número 116 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de infracciones violentas.

Las ayudas sólo resultan procedentes cuando los daños son consecuencia de delitos dolosos y violentos o contra la libertad sexual cometidos en España. Quedan pues excluidos los delitos culposos y las faltas, justificándose la decisión en el hecho de que, de otro modo, el sistema articulado sería inviable económicamente.

Los daños sufridos han de consistir en la muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, determinándose su gravedad conforme a la legislación de la seguridad social.

Los beneficiarios de las ayudas pueden ser tanto las víctimas directas de los delitos y, en el caso de fallecimiento de la víctima, su cónyuge no separado legalmente o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido con análoga relación de afectividad a la de cónyuge; los hijos del fallecido si dependían económicamente de él, con independencia de su filiación, edad o condición de póstumos; los hijos que, no

siéndolo del fallecido, lo fueran de la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido con análoga relación de afectividad a la de cónyuge y, en su caso, sus padres.

El montante de las ayudas se fija por la Ley mediante un sistema de módulos, salvo para el caso de los gastos funerarios ocasionados por el fallecimiento de un menor. Los módulos vienen determinados por las lesiones producidas o las secuelas apreciadas en las víctimas.

El reconocimiento de las ayudas corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda. En el caso de resoluciones negativas, se pueden impugnar ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, órgano colegiado de composición variada.

3. Los resarcimientos en materia de transportes internacionales.

La Ley de 26 de diciembre de 1984 regula otro tipo de resarcimiento. En concreto, son resarcibles los daños y perjuicios sufridos por medios de transportes extranjeros de mercancías o colectivo de viajeros, su carga y ocupantes, que se hallen en territorio español, realizando viajes de transporte internacional.

Quedan comprendidos en el ámbito de protección de la Ley los daños y perjuicios derivados directamente de acciones violentas, indiscriminadas o selectivas, realizadas por personas identificadas o no y en relación a un conflicto existente.

Los resarcimientos pagados por el Estado tienen la consideración de abonos provisionales, subrogándose

aquél en todos los derechos y acciones que le correspondan al asegurado que haya sido indemnizado frente al asegurador de los bienes si las pólizas correspondientes cubrieran estos riesgos.

Los daños a personas son indemnizados en la cuantía prevista en la legislación laboral de la Seguridad Social española, salvo que otra cosa se establezca por tratado o, en su defecto, en aplicación del principio de reciprocidad. Y los daños materiales se indemnizan según el resultado de las diligencias que se practiquen en el expediente administrativo tramitado al efecto.

El reconocimiento de estos resarcimientos corresponde al Ministerio del Interior.

4. *Otros resarcimientos*

Además de los enumerados, la legislación nacional ofrece otros casos de resarcimientos tales como previstos en favor de los depositantes en bancos o de los inversores en sociedades de inversión mobiliaria en casos de crisis o insolvencia (*Real Decreto Ley 12/1995, de 28 de diciembre y Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*); en favor de las víctimas de los incendios forestales cuando hubieren fallecido colaborando en tareas de extinción; en favor de las personas afectadas por el virus del sida (*Decreto Ley 9/1993, de 26 de mayo*); en favor de personas con hemofilia u otras coagulopatías que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia del tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el sistema sanitario público (*Ley 14/2002, de 5 de junio*); en favor de los participantes en operaciones internacionales de paz o

seguridad (*Decreto Ley 8/2004, de 5 de noviembre*); por la caída de cuerpos celestes; o por la acción de animales cinegéticos, pues, en el caso de Extramadura, “son indemnizados por la Administración Regional, previa instrucción del oportuno expediente y las valoraciones a que hubiere lugar: ‘a) los daños ocasionados por especies cinegéticas de los terrenos sometidos a régimen cinegético especial, que no sean objeto de concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo’” (*artículo 74.1.a) de la Ley 8/1990, 21 de mayo, de Caza de Extremadura*).

(2004)

CAPÍTULO V

EL DEBER PÚBLICO DE RESARCIR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS FUNCIONARIOS EN SUS VEHÍCULOS PARTICULARES CON OCASIÓN DE UNA COMISIÓN DE SERVICIO

En repetidas ocasiones, los funcionarios presentan reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios sufridos en sus vehículos particulares con ocasión o por consecuencia del desempeño de su trabajo y de asuntos oficiales. De ordinario, dichas reclamaciones se basan genéricamente en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (ahora, artículo 139 de la Ley 30/92) o en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa o incluso, de forma única, en el artículo 106 de la Constitución.

Ahora bien, a la vista de como está construido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tanto en el artículo 106 de la Norma Fundamental como en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (ahora, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), cuando el reclamante ostenta la condición

de funcionario, el tenor literal de los mencionados preceptos impide que los daños sufridos por el propio vehículo, en los casos en que es utilizado para el desempeño de tal función, sean resarcidos por esta vía, pues el reclamante carece de legitimación, por no tratarse de un particular. Las indemnizaciones derivadas de las relaciones jurídicas específicas —como la de funcionario— se definen y sustancian dentro de la misma relación especial y conforme al régimen propio de su contenido.

No obstante lo expuesto, no debe estimarse que la situación de los funcionarios que sufren daños en sus bienes y derechos con ocasión del servicio que prestan queda desprotegida. Antes al contrario, el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública (“los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio”), al igual que ya antes lo hacía el artículo 101.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado para éstos, establece el principio general con arreglo al cual no puede derivarse del desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo ningún perjuicio económico patrimonial para el funcionario. El primero de los preceptos indicados tienen carácter básico y por tanto su contenido es de aplicación a los funcionarios de las Entidades Locales. Así pues, el funcionario público no debe soportar a su costa un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario (*Dictámenes del Consejo de Estado números 51.051 y 53.971*). Por todo ello, la pretensión de indemnización tiene amparo en estos casos en el seno específico del régimen de utili-

zación de vehículos particulares en comisiones de servicio.

Ahora bien, no todos los daños sufridos en los vehículos particulares de los funcionarios con ocasión de un servicio son resarcibles por la Administración. Así se ha señalado que

“... cuando el funcionario, por propia decisión, incluso autorizada por la Administración, realiza el desplazamiento según el régimen reglamentariamente establecido para los supuestos de utilización del vehículo particular durante una comisión de servicio, no ha lugar a la compensación por daño cuando se produce un accidente, perjuicio o gasto extraordinario. Y ello porque la contraprestación económica por el uso del vehículo particular se establece en la reglamentación aplicable a este tipo de comisiones, incluyéndose ya en la cantidad establecida por kilómetro todo coste para la Administración, de tal modo que, al aceptarse este régimen, la responsabilidad que deriva para el poseedor del vehículo por los daños que se causen mientras es utilizado no se trasladan a la Administración. El riesgo se asume por el poseedor del vehículo, en lo que no se deriven hacia una entidad aseguradora. La Administración no se erige en responsable por los daños que el vehículo cause mientras es utilizado o por los daños padecidos por el poseedor del vehículo. La utilización del vehículo particular comporta un riesgo cuyo tratamiento no se altera por la circunstancia de que el desplazamiento se conecte a una comisión de servicio. El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus propios costes, de los que el riesgo es uno de ellos, satisfaciéndose por la Administración la cantidad reglamentariamente prevista y a la que, mediante su voluntad, el funcionario, se ha adherido

voluntariamente” (*Dictamen del Consejo de Estado número 742/91*).

A la vista de lo expuesto en el transcrito dictamen y en otros análogos, existe una doctrina del Alto Cuerpo Consultivo que puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones:

- a) La prestación contemplada en el artículo 23.4 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, debe calificarse de compensatoria.
- b) El precepto indicado tiene un desarrollo reglamentario en el Real Decreto 236/88 —antes en el Decreto 176/75— que regula entre otras indemnizaciones, la llamada especial, definida como “compensación que se otorga al funcionario por daño, perjuicio o gastos extraordinarios que impliquen determinadas comisiones”.
- c) El sistema vigente establece que los funcionarios públicos no deben soportar, a su costa, un daño generado en el seno de la relación funcional y que no tenga su causa material en culpa atribuida al propio funcionario.
- d) La indemnización por utilización de vehículo propio en una comisión de servicio no es de las comprendidas en el régimen de la llamada indemnización especial.
- e) El régimen de la indemnización por utilización de vehículos particulares en comisión de servicio, a la vista de la regulación existente, determina que la contraprestación económica se fija en función de las características del vehículo y del kilometraje recorrido, comprendiéndose en

la cantidad establecida el costa para la Administración, de modo similar a todo desplazamiento en medio de transporte ajeno a la Administración.

- f) La responsabilidad derivada para el poseedor del vehículo, por los daños que él mismo cause o los propios y también los irrogados a un tercero, no se traslada a la Administración.
- g) El medio de transporte —remunerado adecuadamente— soporta sus propios costes, de los que el riesgo es uno de ellos.
- h) La Administración debe satisfacer la cantidad prevista reglamentariamente, y a la que el funcionario de forma libre, se ha adherido.
- i) El deber de la Administración Pública de resarcir los daños sufridos por los funcionarios públicos en sus vehículos particulares cuando los utilizan para el cumplimiento de una comisión de servicio es predicable de todas las Administraciones Públicas.

El criterio expuesto es de aplicación aunque el causante del daño sea insolvente, como señaló el Consejo de Estado en *dictamen número 53.971*, al afirmar

“...la Administración Pública no asume la responsabilidad de terceros insolventes o de las insuficientes coberturas mediante el seguro, o de las dificultades de la localización del infractor de cualquiera otra, en el cuadro de la responsabilidad por colisión de vehículos...”

1. Sin embargo, no resulta de aplicación la doctrina recogida:

A) Cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, en el ejercicio de sus funciones, pero para impedir un delito o evitar la producción de un daño. Así, el Consejo de Estado estimó que procedía indemnizar al funcionario de prisiones que, cuando llegaba al Centro Penitenciario en su vehículo particular, se percató que un interno se evadía y salió en su persecución utilizando su vehículo particular. En dicha persecución, su vehículo resultó dañado al lanzar el evadido el coche que acababa de robar contra el automóvil del funcionario. En efecto,

“...Aunque el funcionario reclamante no se encontraba de servicio en el momento de los hechos que originan la reclamación y, por tanto, su conducta no puede considerarse de un modo riguroso y estricto como de cumplimiento y ejecución material de acto de servicio, sin embargo sí se hallaba en el ejercicio de funciones públicas puesto que, como agente de la policía judicial (artículo 283.7 Ley de Enjuiciamiento Criminal) tenía obligación de detener al ‘que se fugare del establecimiento penal en el que se halle extinguiendo condena’ (artículo 492, en relación con el artículo 490.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal)” (*Dictamen del Consejo de Estado número 55.630*).

B) O cuando el funcionario utiliza su vehículo particular, con expresa autorización, para atender una orden urgente ante la cual ni cabe recabar el empleo de un automóvil oficial ni emplear un medio público de transporte (*Dictamen del Consejo de Estado número 55.102*).

- C) O cuando el daño excede de la relación específica en la que debe sustanciarse y es apreciable una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida. Así, resulta indemnizable el daño sufrido por un funcionario de prisiones que, en su calidad de inspector de servicios, se desplazó en su vehículo particular a un establecimiento para el ejercicio de una comisión oficial, aparcando el automóvil en el interior del recinto penitenciario. Mientras desempeñaba su cometido, el vehículo sufrió daños producidos con un objeto punzante (*Dictamen del Consejo de Estado número 54.613*).
- D) O cuando es la Administración quien ordena al funcionario, por razones de servicio y a fin de garantizar su discreción, la utilización del vehículo particular (*Dictamen del Consejo de Estado número 50.753*).
- E) O, por último, cuando la utilización del vehículo particular viene impuesta por las circunstancias objetivas concurrentes, como es la ausencia de medios públicos de transporte directos entre la localidad de residencia del funcionario y la población a prestar la comisión de servicio, por la celebración de una huelga de los trabajadores del sector de transportes en el área colindante al lugar de cumplimiento de la comisión y la consignación en el pasaporte correspondiente de que la autorización para el uso del vehículo propio no se hacía a instancia del interesado sino por disposición del Mando (*Dictamen del Consejo de Estado número 408/91*).

2. El Consejo de Estado ha declarado también reiteradamente que, en el caso de funcionarios o personas unidas a la Administración por una especial relación de sujeción, no puede prosperar una reclamación de responsabilidad, cuando resulta que el interesado ha sido ya indemnizado por tal concepto y título de acuerdo con el régimen especial previsto para los funcionarios o para aquella concreta relación jurídica.

Respecto a los daños sufridos por los funcionarios en sus vehículos particulares, con ocasión de accidentes habidos en comisión de servicio, y a salvo determinados supuestos excepcionales, se ha señalado que la Administración no debe indemnizarlos, por cuanto ésta abona la cantidad prevista reglamentariamente como indemnización por todos los conceptos por el uso del automóvil. Se trata de un régimen singular de compensación, cuya aceptación es voluntaria para el funcionario, en el que la contraprestación económica se fija en función de las características del vehículo y del kilometraje recorrido. Mediante el pago por parte de la Administración de dicha contraprestación económica, el funcionario, que usa su medio de transporte, asume sus propios costes y riesgos, de tal suerte que la responsabilidad derivada para el poseedor del vehículo por los daños causados a terceros o por los sufridos por él no se trasladan a la Administración (*Dictamen 742/91*).

En otros términos, los daños sufridos en su vehículo particular por un funcionario en comisión de servicio deben estimarse resarcidos con la cantidad percibida como indemnización por tal uso. No es por tanto admisible solicitar ninguna otra cantidad por

“daños habidos en el servicio” ante el Servicio administrativo comitente del servicio.

Ahora bien, la percepción de la contraprestación económica por el uso del automóvil particular en un acto de servicio sitúa al funcionario en la posición de “particular” frente a cualquiera, distinto del Servicio comitente, responsable de los daños que ha sufrido en su vehículo. Puede ejercer acciones de resarcimiento, bien frente a cualquier tercero causante de los daños, bien frente a su propia entidad aseguradora, caso de tener concertado el correspondiente seguro, bien frente a la entidad aseguradora del tercero causante, en el ejercicio de la acción directa que la legislación específica le reconoce. Es claro que, caso de haberse producido un siniestro, el Servicio comitente no se subroga en la posición del funcionario a los efectos del ejercicio de la acción de resarcimiento frente a terceros por haber abonado el importe de la comisión de servicio como compensación a tanto alzado por todos los daños padecidos.

Por ello, conforme a este esquema, cabe que el funcionario, que ha percibido la indemnización por uso de su vehículo particular, ejerza la acción que le reconoce el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, frente a la Administración, si dicha acción tiene un fundamento distinto del de acto de servicio. Así lo ha reconocido este Cuerpo Consultivo (*Dictamen 2257/98, de 1 de octubre de 1998*), al afirmar, que, si bien la sola circunstancia de que un accidente se produzca en acto de servicio no es suficiente para considerar concurrentes los presupuestos de la responsabilidad, cabe que proceda el resarcimiento si puede encontrarse otro título en que fundar la imputación

de los daños a la Administración. Ello significa que el solicitante no puede instar de la Administración del Estado —Ramo de Defensa— el abono de ninguna cantidad en resarcimiento de los daños sufridos en su automóvil, por cuanto éstos quedaron comprendidos en la contraprestación económica que recibió en su día por tal concepto. Ahora bien, el peticionario puede instar el abono de dichos daños ante la Administración Pública viaria, si considera que se produjeron a resultas de un funcionamiento anormal del servicio de carreteras, por cuanto el título jurídico de imputación es distinto. Y es que la causa de pedir y el título invocado para solicitar no encuentra su fundamento en la noción de “acto de servicio” sino en el “funcionamiento del servicio de carreteras” (*Dictamen 1899/1999*).

(1999)

CAPÍTULO VI

LA INDEMNIZACIÓN PÚBLICA DE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LOS USUARIOS DE LAS CARRETERAS

I. Una de las características de las sociedades industrializadas occidentales de hoy es la motorización. La manifestación social más amplia de este fenómeno es el uso cotidiano y general del automóvil por parte de la población. Dicho uso tiene como consecuencia ineluctable la producción de siniestros, por utilizar la terminología aseguradora, con variados daños de índole personal y material. Unas veces, los accidentes se deben al actuar inadecuado, intencionado o negligente, de los conductores o lesionados; otras veces, a múltiples causas ajenas a los dañados, a saber: a la presencia de animales en las calzadas de las vías públicas, a desprendimiento de rocas, árboles u otros materiales sobre las calzadas, a defectos de señalización o construcción de las carreteras...; en fin, a causas imputables, por lo general, a las vías.

Al producirse daños en estos últimos casos, de ordinario, los lesionados instan y obtienen indemnizaciones de las entidades aseguradoras. Pero es frecuente

también que los damnificados, cuando, bien los contratos de seguro no existen, bien los daños no están incluidos en su ámbito de cobertura, bien las entidades aseguradoras quieren resarcirse de las cantidades pagadas por tales siniestros busquen algún pagano y se dirijan a él en solicitud de indemnización. ¿A quién reclamar? ¿Con qué fundamento? Estas son las cuestiones que se suscitan entonces.

La idea de reclamar está siempre presente en cualquier lesionado. Y, es que, como se ha señalado, hoy día, ante la producción de cualquier daño, el hombre excluye siempre la noción de azar o casualidad, de fuerza mayor o de acontecimiento inevitable. Considera que siempre hay un responsable de todo que debe asumir la reparación del daño. Ello, unido a que el hombre, también hoy, ante cualquier dificultad ya no mira ni a Dios ni a la sociedad, sino al Estado¹, tiene una consecuencia inexorable, a saber: las reclamaciones se dirigen contra la Administración.

Surge entonces la primera cuestión jurídicamente relevante: ¿con qué fundamento? Sabido es que el artículo 106 de la vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece que

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”

¹ “Hubo un tiempo en que el hombre miraba a Dios para ordenar el mundo; después, al mercado y, ahora mismo, al Gobierno” (KING, *Overload: the problem of governing in the 1970s*, s.l., 1975, pág. 288).

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o a un grupo de personas.”

Por su parte, el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, preceptúa que

“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

El primero de los preceptos, trasunto del entonces vigente artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y hoy del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite fundar las reclamaciones ante la Administración por daños sufridos en las carreteras y debidos a las causas antes expuestas, al consagrar la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. En la noción de “servicio público” quedan comprendidas no sólo estrictamente aquellas actividades administrativas incardinables en tal concepto, sino cualquiera que sea atribuible a la Administración Pública, no obstante el título jurídico político o la técnica que le sirva de sustento.

Las carreteras quedan pues comprendidas en el concepto servicio público, hablándose en tal sentido de “servicio público viario”. A la Administración le corresponde no sólo su construcción, sino también su señalización, conservación y mantenimiento. Respecto a estas últimas labores, la actuación de la Administración es obligatoria. Así lo ha manifestado reiterada-

mente el Consejo de Estado en numerosísimos dictámenes:

“La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada” (Dictamen del Consejo de Estado número 1837/1995).

También lo ha expresado la jurisprudencia.

II. ¿Contra qué Administración reclamar? Sabido es que el concepto de Administración Pública incluye multitud de entidades de distinta naturaleza y ámbito. Es preciso determinar aquélla contra la que dirigir la acción. En la mayoría de las ocasiones, la solución es clara: contra la Administración titular de la vía pública en la que se sufrió el accidente; esto es, contra la Administración General del Estado, la de la Comunidad Autónoma correspondiente, la de la provincia o la del municipio correspondiente. Ahora bien, la cuestión no es siempre fácil.

Es frecuente que, en ocasiones, la titularidad de las vías públicas corresponda a una Administración Pública distinta de la encargada de su conservación o custodia. En estos casos, las reclamaciones deben dirigirse bien contra la Administración titular del servicio cuando el accidente se produjo a consecuencia de las labores de conservación o señalización, bien contra la Administración titular de la vía si se trata de daños directamente derivados de la construcción o configuración de la vía pública².

² Es el caso de que se plantea con los accidentes ocurridos en la M-30 de Madrid, cuya titularidad corresponde al Ministerio de Fo-

Problema análogo es el suscitado cuando se producen daños en vías públicas cuya titularidad inmediata corresponde a Administraciones Públicas de carácter institucional. Por lo general, se afirma³ que la titularidad de los bienes de dominio público, —y las carreteras lo son—, sólo puede corresponder a entidades públicas territoriales. Pero, la realidad es más rica que las construcciones doctrinales y, con frecuencia, acontece que algunas entidades institucionales son titulares de carreteras. Conforme a las disposiciones legales generales y los criterios de la doctrina científica se dice que dichas atribuciones son meramente instrumentales, a título de adscripción, pues la verdadera titularidad sigue ostentándola la entidad territorial a la que aquéllas se vinculan. Surge entonces el dilema: a quién reclamar a la Administración titular inmediata, esto es, la institucional, o a la mediata, a la territorial a la que se adscribe aquélla. La respuesta de la Administración consultiva ha sido la de considerar que las reclamaciones han de deducirse ante el titular mediato de la vía pública⁴.

Mayor dificultad suscita la cuestión atinente a las reclamaciones basadas en daños imputables a autopistas en régimen de concesión. En estos casos, la Administración conserva la titularidad de la vía y del propio servicio, si bien encomienda la gestión a un particular.

Hasta la fecha, ha sido frecuente que los lesionados dirijan la acción indistintamente ora contra el conce-

mento y su mantenimiento, en diversos tramos, al Ayuntamiento de Madrid.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo Especial*, Facultad de Derecho, Madrid, 1975, pág. 156.

⁴ *Dictámenes del Consejo de Estado 1716/95 y 1432/95.*

sionario, ora contra la Administración concedente. En el primer caso, la reclamación se basa en el artículo 1902 del Código Civil y se dilucida ante los tribunales ordinarios; en el segundo, la petición de resarcimiento se dirige contra la Administración concedente, quien resuelve, con cargo a la concesionaria, conforme a las normas reguladores de las responsabilidades patrimoniales —el citado artículo 139 de la Ley 30/1992—, tras la instrucción del correspondiente procedimiento, abocando, en consecuencia, caso de desestimación, total o parcial, de la pretensión del solicitante, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ambas vías son diferentes no sólo por la norma sustentadora de la reclamación y la jurisdicción en su caso interviniente sino por la diferente naturaleza de la responsabilidad: de índole subjetiva en el caso del artículo 1902, de tal suerte que hay que probar la culpa o negligencia de la entidad concesionaria en la producción del accidente y, de carácter objetivo, en el supuesto del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de manera que basta únicamente con acreditar el funcionamiento del servicio público, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre uno y otro para obtener el correspondiente resarcimiento. Tal dualidad de vías ha sido, no obstante darse frecuentemente en la práctica, criticada y aun negada por el Consejo de Estado quien ha considerado que el lesionado sólo tiene la administrativa para obtener el correspondiente resarcimiento⁵.

La cuestión se ha clarificado con la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En efecto, con-

⁵ *Memorias del Consejo de Estado correspondientes a 1986 y 1994.*

forme a su artículo 2º, e), el “orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con ‘la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas’, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los ordenes jurisdiccionales civil o social. La traslación de este argumento a la cuestión de que se trata tiene como consecuencia que sólo quepa formular la reclamación ante la Administración Pública y en vía administrativa, si bien, en su caso, correrá a cargo de la concesionaria”.

Idéntica conclusión debe afirmarse para los casos de carreteras construidas y explotadas en régimen de lo que se ha dado en denominar “*peaje en la sombra*” y que no es sino una deformación del régimen concesional ordinario.

No presenta dificultades, aun cuando algunas Administraciones las quieren suscitar, la determinación de la Administración responsable en el caso de que el daño se deba directamente a la vía, pero de forma mediata sea imputable a otra Administración distinta de la titular de la calzada. Piénsese el caso, común por lo demás, de accidentes en carreteras debidos a la aparición súbita de socavones, motivados, a su vez, por rotura de conducciones o canalizaciones de agua cuya titularidad corresponde a una Administración distinta de la que lo es de la vía. En estos supuestos, no se está en el caso previsto en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es, de solidaridad de responsabilidad entre dos Administraciones Públicas. Y

ello por cuanto la vía no corresponde nada más que a una de ellas, su titular, que es quien debe responder, sin perjuicio de ejercer la acción de regreso contra la agente mediata del daño.

III. ¿De qué daños responde la Administración? La amplia fórmula del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hace que deban entenderse susceptibles de reparación todos los imputables al funcionamiento del servicio público viario, cualquiera que sea su naturaleza.

Ahora bien, su determinación en cada caso concreto no siempre resulta fácil. Al interpretar el concepto jurídico indeterminado utilizado por la Ley de “funcionamiento anormal del servicio público”, el Consejo de Estado, pionero en la afirmación de este tipo de responsabilidad pública durante la década de los sesenta, sentó el criterio de que su fijación, en cada caso concreto, debía hacerse mediante remisión al arquetipo (*standard*) de rendimiento medio del servicio de que se trataba; es decir, que, en su estimación, entraban factores variables en cada época según el grado de desarrollo efectivo de los servicios públicos y de sensibilidad social⁶. En el específico ámbito de las carreteras, servicio público viario, el Consejo consideró que el arquetipo exigible a la Administración era el de mantener abiertas las carreteras en condiciones de seguridad, de tal suerte que los daños que se produjeran a resultas de la falta de ella eran imputables a la Administración, quien debía indemnizarlos.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Derecho administrativo*, II, Madrid, 1991, pág. 384.

La idea rectora presente en los dictámenes del Consejo de Estado y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelven reclamaciones por daños sufridos por usuarios de las carreteras es la ya indicada: el deber administrativo de mantener las carreteras abiertas al tráfico en condiciones tales que se garantice la seguridad de los usuarios.

Ahora bien, tal idea rectora no comporta, como se ha señalado por la jurisprudencia y la doctrina, que todo accidente de circulación ocurrido en las carreteras deba ser indemnizado por el Estado. En tal sentido, conviene recordar algunos criterios generales de nuestro sistema de responsabilidad administrativa.

En primer término, que es eso, un sistema de responsabilidad, en su modalidad de objetiva. No es un mecanismo asegurador universal que obligue al Estado a indemnizar todo daño que se produzca. Para que surja la obligación pública de resarcir es preciso establecer una relación causal entre el actuar administrativo y el daño padecido. En segundo lugar, que, pese a su amplitud, no viene a desvirtuar ni la responsabilidad de los terceros causantes de los daños ni la responsabilidad propia del propio lesionado. Estas ideas se olvidan a menudo y se pide al Estado la reparación de daños en los que no ha tenido participación, positiva o negativa, alguna. Ello quizás sea fruto de una perversión de los conceptos que el famoso ejecutivo Lee Iacocca expresó con brillantez: “Hemos adoptado una curiosa noción..., de que cuando algo malo nos ocurre, siempre existe alguien a quien culpar, y alguien que puede pagar”⁷.

⁷ Citado por DE ÁNGEL R., *Responsabilidad Civil*.

En segundo lugar, se ignora que el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer un sistema de responsabilidad objetiva está pensando en casos en los que el daño se produce a resultas de una actuación positiva de la Administración y no a causa de una omisión. Cuando de estos últimos supuestos se trata, es preciso⁸, ponderar los distintos elementos de la relación de indemnización para determinar su procedencia o no. A veces esa ponderación, y ante la imposibilidad de acudir a ningún elemento de culpabilidad, fuerza al intérprete a manipular la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño.

Estas o análogas ideas, mucho más matizadas en todos los casos y algunas no compartidas en los términos en que aquí se expresan, han sido utilizadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por el Consejo de Estado para concluir que no procedía declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

IV. Es menester a continuación analizar los posibles y diversos casos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Numerosas reclamaciones formuladas por los usuarios pretenden el resarcimiento a cargo de la Administración Pública de daños imputables a la deficiente conservación y mantenimiento de las carreteras.

⁸ MARTÍNEZ-CARDÓS, J. L., "La responsabilidad de la Administración Pública en la doctrina del Consejo de Estado y en la jurisprudencia" en *Jornadas sobre la Ley y el Reglamento de Carreteras*, Madrid, 1995, pág. 146.

Siguiendo el criterio clasificador de la Memoria del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, se pueden clasificar en varios grupos, a saber:

a) *Daños por desprendimientos de piedras y tierras.*

Los daños sufridos por los usuarios de las carreteras en sus vehículos por desprendimientos de piedras y tierras son frecuentes. Los usuarios colisionan con piedras o tierras que bien se encuentran en la calzada, bien caen sobre ella al momento de circular, siendo alcanzados por el desprendimiento o arayo.

En estos casos, es claro que la Administración Pública está obligada a indemnizar los daños producidos. Y es que las condiciones de seguridad exigibles a las vías abiertas al tráfico no concurren en estos casos, desde el momento en que existen obstáculos en la calzada. Esta línea argumental no se ha visto alterada en modo alguno por el Tribunal Supremo desde su aceptación allá por los años sesenta.

En el caso del Consejo de Estado, cabe sin embargo apreciar una posición más dubitativa. El Alto Cuerpo Consultivo sustentó inicialmente el parecer de que tales daños eran indemnizables por el Estado, pues la existencia o la caída de piedras en la calzada de las vías públicas es un riesgo de por sí ordinario, generador de responsabilidad administrativa, al no apreciarse, por lo general, en estos casos fuerza mayor.

A partir de 1988, y durante algunos años, la mencionada doctrina sufrió una modificación sustantiva. Para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, debía acreditarse que el obstáculo, piedras o tierra, formaban parte de la propia carretera, bien de la calzada, bien de sus elementos au-

xiliares, esto es, del talud, de la zona protegida por mallas, etc.⁹.

Como se ha puesto de manifiesto, la modificación, cuya justificación no se atisba en los dictámenes del Cuerpo Consultivo, comportó una interpretación restrictiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración y una variación del título de imputación del daño: en el criterio clásico, la responsabilidad deriva de la “falta de seguridad en las condiciones de la vía”, lo que se acredita con la caída y permanencia de un obstáculo en la calzada; en el criterio más moderno, la imputación a la Administración es consecuencia de “un defecto en la construcción o en el cuidado de los elementos de la carretera”, lo que se evidencia también con la misma caída de las piedras o tierras.

Hay que señalar sin embargo que, hacia 1990, el Consejo de Estado volvió a mantener su primer parecer afirmando que

*“En efecto, la caída de una piedra sobre la calzada constituye un riesgo que es de por sí ordinario. La previsibilidad del evento excluye pues la calificación de fuerza mayor; por otra parte, reservada por la doctrina y la jurisprudencia para los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las actuaciones típicas de cada actividad o servicio. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.”*¹⁰

La amplitud del criterio expresado no debe llevar a pensar que la Administración está obligada a indemnizar

⁹ Dictámenes números 809/93 y 1115/93, entre otros.

¹⁰ Dictámen núm. 433/95.

zar todo tipo de daños producidos en estos casos. No lo tiene que hacer cuando la lesión se debe a la actuación, bien dolosa, bien imprudente, de un tercero, o de animales o, en fin, en el caso de fuerza mayor. Por ésta ha de entenderse el acontecimiento imprevisible o, aun cuando fuere previsible, irresistible.

En relación a estos casos, debe plantearse la cuestión de si la Administración queda exonerada de indemnizar los daños producidos por desprendimientos fortuitos de piedras producidos en carreteras que cuentan con señales de peligro que advierten de su eventual producción. En efecto, en numerosas carreteras, por lo general de montaña, la Administración advierte de la eventual existencia de desprendimientos sobre las calzadas de las carreteras. Ello no exonera a las Administraciones Públicas de indemnizar los daños producidos en los bienes y derechos de los usuarios de las vías públicas. ¿Qué valor tienen entonces las señales que advierten del peligro de caída? La obligación pública de indemnizar los daños en estos casos no priva de eficacia completa a la señalización. Su existencia permite exigir una mayor diligencia por parte del conductor a la hora de determinar la indemnización, apreciando una concurrencia de responsabilidades entre la Administración y éste.

b) *Daños por la existencia de gravilla en la calzada y por deformaciones del firme.*

Un segundo grupo de reclamaciones, también usuales, son las deducidas por la existencia de gravilla en la calzada, a resultas de la ejecución de diversos trabajos de conservación de las carreteras, y por deformaciones del firme.

En tales casos, la existencia de gravilla sobre la calzada es indemnizable por cuanto constituye también un riesgo ordinario¹¹. Ahora bien, sólo procede declarar la responsabilidad en el caso de que dicha gravilla esté sobre la calzada durante un largo período y tenga entidad.

Es también indemnizable el daño producido a resultas de una deformación del firme de la calzada, como en el caso de los denominados *blandones* o *roderas*¹². Mas, no toda deformidad comporta el nacimiento de la obligación pública de indemnizar. Es preciso que sea importante o relevante y que el daño producido se deba precisamente a dicha deformidad¹³.

c) *Daños por defectos en la señalización.*

Los defectos en la señalización son también motivo de reclamación por los particulares.

La jurisprudencia y el Consejo de Estado se han mostrado rigurosos a la hora de reconocer indemnizaciones por esta causa. No proceden en los casos de que la señalización sea la correcta y, además, visible a larga distancia. En tal sentido¹⁴, se afirmó que, cuando la señalización es suficiente, está colocada adecuadamente, es la reglamentaria y es visible antes del lugar donde se produjo el accidente, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

¹¹ *Dictamen número 1460/93.*

¹² *Dictamen número 1243/93.*

¹³ *Dictamen número 102/93.*

¹⁴ *Dictamen del Consejo de Estado número 2221/95.*

Tampoco procede la indemnización en el caso de señales orientativas de velocidad, cuya infracción, tal vez, pudiera ser causante del accidente, pues no obligan al conductor¹⁵.

d) *Daños por la existencia de objetos y animales en la calzada.*

La generosidad a la hora de reconocer indemnizaciones por daños causados a resultas de desprendimientos de piedras y tierras tiene su contrapunto en la producción de perjuicios al chocar con animales en las calzadas. La jurisprudencia y el Consejo de Estado, tal vez con una visión estrecha, vienen negando las indemnizaciones solicitadas. El argumento es siempre el mismo. La Administración no garantiza la indemnidad e impermeabilidad de las calzadas; incluso, en aquellas vías que la ley dice que están cerradas; esto es, las autopistas y las autovías.

“la existencia de vallado no comporte necesariamente una relación de causalidad entre los servicios públicos y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación, o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales. Además, debe señalarse que la existencia de vallado no está incluida dentro de las características definitorias de la autovía por cuanto, conforme a la legislación de carreteras, dichas vías sólo prevén una limitación de accesos a las propiedades colindantes, frente a lo que sucede con las autopistas en las que se establece ‘el no tener acceso desde las propiedades co-

¹⁵ Dictamen número 610/93.

lindantes'. Por todo ello, se estima que procede desestimar la reclamación deducida"¹⁶.

Esta doctrina tiene como consecuencia que tampoco sean indemnizables los daños producidos a resultas de la existencia de objetos caídos en la calzada cuando no ha mediado un lapso de tiempo prolongado entre la caída y el accidente. En tal sentido, se ha afirmado que

"La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta, en el que el accidente se produjo por la existencia de un objeto metálico en la calzada, que debió caerse de un vehículo desconocido que circuló antes que la reclamante. Por ello, el resultado dañoso no puede imputarse al funcionamiento del servicio público.

Tampoco puede hacerse dicha imputación, a título de 'culpa in vigilando', por cuanto, según el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, la concesionaria retiró inmediatamente el objeto metálico, sin que transcurriera un lapso de tiempo excesivo desde su caída hasta la intervención de sus dependientes. El Consejo de Estado, como bien recuerda el de Obras Públicas y Urbanismo, ha declarado que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo e inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada quede libre y expedito"¹⁷.

El planteamiento expuesto debe ser sin embargo objeto de diversas matizaciones. No parece correcto

¹⁶ Dictamen número 322/93.

¹⁷ Dictamen número 2226/95.

dar un tratamiento único a los daños de este tipo producidos en cualquier clase de vía pública. En tal sentido, debe atenderse especialmente a la clase de carretera de que se trata.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, éstas se clasifican en autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales. Todas ellas pueden ser, bien explotadas directamente por las Administraciones públicas, bien otorgadas en régimen de concesión.

Son autopistas “las carreteras que están especialmente proyectadas, construidas y señalizadas como tales para la exclusiva circulación de automóviles y reúnan las siguientes características: a) No tener acceso a las mismas las propiedades colindantes; b) No cruzar a nivel ninguna otra senda, vía, línea de ferrocarril o tranvía ni ser cruzada a nivel por senda, vía de comunicación o servidumbre de paso alguna; y c) Constar de distintas calzadas para cada sentido de circulación, separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno no destinada a la circulación o, en casos excepcionales, por otros medios”. Además, conforme a sus normas técnicas reguladores, las autopistas deben estar valladas.

Por su parte, son autovías “las carreteras que, no reuniendo todos los requisitos de las autopistas, tienen calzadas separadas para cada sentido de la circulación y limitación de accesos a las propiedades colindantes”. Esta última circunstancia comporta que, de ordinario, también las autovías estén valladas, pero no tienen ineluctablemente por qué estarlo.

Son vías rápidas “las carreteras de una sola calzada y con limitación total de accesos a las propiedades co-

lindante”. Las normas técnicas no imponen su cerramiento.

Por último, son “carreteras convencionales las que no reúnen las características propias de las autopistas, autovías y vías rápidas”.

La doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado antes transcrita, negatoria de la responsabilidad administrativa en el caso de animales y objetos en las calzadas, sólo es válida para los casos de carreteras, vías rápidas y autovías¹⁸. La ausencia de cerramiento es una de las notas definidoras de todas ellas, sin perjuicio de su existencia en algún caso. Distinto caso es el de las autopistas, tanto libres, como en régimen de concesión, puesto que deben estar valladas. El cerramiento está directamente encaminado a garantizar a los usuarios unas específicas condiciones de seguridad, entre las que cabe entender la ausencia de animales en sus calzadas, de tal suerte que, si se producen daños por tal causa, la Administración —o, en su caso, el concesionario— deben indemnizarlos.

Un caso singular en que la Administración indemniza daños debidos a la presencia de animales en las calzadas de las carreteras es el de los producidos en vías que atraviesan espacios naturales protegidos. Son frecuentes las solicitudes de indemnización en los que los particulares reclaman el resarcimiento de daños sufridos en su vehículos a consecuencia de colisiones con animales sueltos en calzadas de carreteras que discurren por espacios naturales protegidos. En estos ca-

¹⁸ Lo dicho es conforme a la legislación estatal. Según la regulación de algunas Comunidades Autónomas, dichos daños serían indemnizables en virtud de títulos especiales. Es el caso de Extremadura, conforme a su Ley de Caza.

sos, y siempre que no concurren alguna causa que interrumpa el nexo de causalidad, la Administración indemniza los daños producidos. Pero, el título de imputación no es el funcionamiento del servicio público viario, sino el específico de los artículos 33.3 de la vigente Ley de Caza, de 4 de abril de 1970, y 1905 del Código Civil, que, tratándose de Administraciones Públicas, abocan al artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

“No hay duda, en el caso examinado, de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización del reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta. Este Consejo ha señalado ya en anteriores ocasiones que la presencia de animales vivos en las calzadas de las carreteras convencionales no genera el nacimiento de la obligación de responder para la Administración, puesto que, conforme a su propia configuración legal, carecen de todo tipo de vallado y limitación de accesos. Ahora bien, en el caso presente, aun cuando no puede establecerse una relación de causalidad entre el servicio público viario y el daño producido, procede que la Administración Pública indemnice al reclamante, en cuanto titular del aprovechamiento cinegético, los daños causados por la pieza de caza procedente de terrenos acotados, con base en el artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza y el artículo 1906 del Código Civil, puesto que ha quedado acreditado que el animal con el que colisionó el peticionario procedía de la Reserva Nacional”¹⁹.

¹⁹ Dictamen número 1668/98.

e) *Daños directamente producidos a resultas de la construcción, consistentes en la aparición de grietas o en la necesidad de modificar algunos elementos estructurales de la vivienda.* En estos casos, los daños son indemnizables. Así se ha dicho que

“En efecto, han quedado acreditadas en el expediente, a partir del informe emitido por la Demarcación de Carreteras del Estado en Castilla y León, la efectividad y realidad de los daños producidos en las viviendas de los reclamantes a resultas de los trabajos de ensanche y mejora del firme de la carretera nacional 525. Existe relación de causalidad entre la configuración de la obra pública y las lesiones producidas y los daños son imputables a la Administración y pues ni existe actuación inadecuada de los perjudicados ni concurre circunstancia que sea susceptible de ser calificada como fuerza mayor a los efectos de interrumpir el nexo causal entre el servicio público y el daño. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”²⁰.

Por el contrario, no son resarcibles los daños consistentes en molestias derivadas de la ejecución de trabajos, pues ello constituye una carga general que el administrado está obligado a soportar²¹.

Sin embargo, cuando tales molestias adquieren perfiles especialmente gravosos, sí son indemnizables:

“Respecto a los primeros daños invocados, el Consejo de Estado considera que, como bien expresa el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, algunos de ellos deben ser indemnizados pues exceden de lo que constituye una carga general que deba ser soportada. Las molestias produci-

²⁰ Dictamen número 2521/94.

²¹ Dictamen número 2062/95.

das durante la ejecución de los trabajos adquirieron tal onerosidad, según se deduce del informe del Ingeniero Inspector de las obras, que excedieron del contenido normal de dichas cargas, hasta tal punto que constituyeron lesiones jurídicamente efectivas, individualizadas y económicamente determinadas. Llegaron hasta tal punto que produjeron daños personales en los reclamantes y sus hijos. Estos son indemnizables²².

La generalización de la conciencia ecológica y, en concreto, del mantenimiento del paisaje ha sido también considerada por el Consejo. En concreto, el Alto Cuerpo Consultivo señaló

“No lo son la pérdida del paisaje, pues el administrado no tiene derecho a una especial configuración de los elementos urbanos y naturales que configuran el paisaje como ya ha puesto de manifiesto una significativa jurisprudencia extranjera (Tribunal Supremo de Dinamarca, Sentencia de 17 de febrero de 1989). Por ello, en el caso presente, ha de concluirse que los eventuales perjuicios estéticos aducidos, además de ser fruto de apreciación subjetiva, constituirían, en su caso, una carga general derivada de la satisfacción de los intereses de los administrados por parte de la Administración mediante la construcción de la correspondiente obra y, en consecuencia, no indemnizable²³.”

f) *Daños consistentes en la pérdida de clientela o negocio de los negocios colindantes con la vía pública.*

Tales no son indemnizables, salvo en caso de privación total de accesos²⁴, pues los daños producidos por la mera frustración de expectativas que deriva de una

²² Dictamen número 1601/95.

²³ Dictamen número 1601/95.

²⁴ Dictamen número 90/94.

alteración de la configuración de la vía pública no son indemnizables pues la Administración puede variar, cuando lo exija el interés general, las características de una obra pública.

La situación de contigüidad de un inmueble a un camino público no constituye un derecho, sino simplemente un interés y la alteración de las condiciones de acceso a una finca a consecuencia de la ejecución de una obra pública, en tanto no signifique la absoluta privación de acceso al inmueble, constituye una carga general que no confiere a los interesados derecho de indemnización alguno. En concreto, el Consejo afirmó:

“En el caso sometido a consulta, como señalan los informes obrantes en el expediente, el reclamante no se ha visto privado del acceso a su propiedad, sino que, a resultas del desdoblamiento de la carretera Nacional I y su conversión en autovía, se han reordenado los accesos, sustituyendo los directos a las propiedades colindantes por otros de carácter indirecto, a través de una vía de servicio, lo cual lleva un aumento de la distancia que han de recorrer los usuarios de la vía principal entre ésta y cada uno de los predios limítrofes. No teniendo el reclamante un derecho a la contigüidad y al acceso directo desde la vía pública a inmueble, no cabe apreciar la existencia de una lesión indemnizable en el caso sometido a consulta.

El concepto jurídico de lesión comporta que una actividad produce un efecto antijurídico. La actividad en sí puede ser jurídica, y por tanto estar legitimada, pero producir un efecto antijurídico en el patrimonio de un sujeto. Entonces hay lesión indemnizable. Pero si el efecto es el menoscabo de un interés nacido de unas expectativas creadas o amparadas por una obra pública o por un servicio público, es evidente que no hay imposición de un sacrificio jurídicamente indemnizable.

Por tanto la eventual pérdida de negocio invocada por la parte reclamante no constituye lesión en sentido técnico, esto es, privación de derechos patrimoniales evaluables, por cuanto la situación de un inmuebles respecto a la vía pública no es constitutiva de ningún derecho subjetivo o interés legítimo, sino simplemente un interés. Aunque la expresión 'bienes y derechos' de la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se estime comprensiva de los intereses legítimos a que se refiere el artículo 1 de la primera de las citadas leyes, no existe en el presente caso lesión indemnizable pues la legitimidad de los intereses invocados es referible a explotación comercial de una determinada situación, pero no ampara el del particular en que esa misma situación se mantenga cuando la Administración la modifica por razones de interés general.

No existiendo lesión en sentido técnico jurídico en el caso consultado, resulta improcedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.” (*Dictamen núm. 824/94*).

(1996)

CAPÍTULO VII

PRISIÓN PREVENTIVA Y OBLIGACIÓN ESTATAL DE INDEMNIZAR

1. El artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece:

“Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios”.

El precepto transcrito regula un supuesto de indemnización de daños producidos a consecuencia del funcionamiento normal de la Administración de Justicia.

La prisión preventiva de un ciudadano cuya inocencia se acredita posteriormente es un episodio ordinario del funcionamiento de la Administración de Justicia. Está legalmente previsto, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite decretar el procesamiento y la prisión preventiva de un sujeto cuando existen indicios racionales de criminalidad por su au-

toría o participación en unos hechos que revisten caracteres de delito. No es posible calificar de error judicial o supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la prisión preventiva del inculgado o procesado ulteriormente declarado inocente. No hay funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando el Juez, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley o en el ejercicio de las facultades que ésta le confiere, decreta la prisión preventiva pues la existencia de una apariencia delictiva es razón bastante para que el titular del órgano jurisdiccional pueda, o deba en otros casos, adoptar una medida cautelar de privación de libertad. No puede calificarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la adopción de una medida cautelar pues el titular del órgano judicial que la decreta actúa con diligencia y eficacia para asegurar el cumplimiento de la ley. No hay, en fin, error judicial cuando el tribunal dicta sentencia absolutoria para un inocente o resolución judicial acordando el libre sobreseimiento del procesado.

El supuesto contemplado por el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es un caso de funcionamiento normal de la Administración de Justicia pues no concurren en él las notas definitorias ni del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ni del error judicial, toda vez que la actuación jurisdiccional se ajusta a las normas que la regulan y no existe una divergencia entre la realidad formal y el juicio determinante de la decisión judicial que acuerda la prisión. Sólo cuando la medida cautelar de prisión preventiva hubiese sido adoptada por el Juez dolosamente o con negligencia grave y se hubiere declarado esta circunstancia en una sentencia penal condenatoria

de su autor, habrá que estimar que la indemnización prevista en el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial trae su causa de un error judicial.

2. Si el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé una indemnización a cargo del Estado para un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, hay que plantearse entonces en qué precepto de la Norma Fundamental encuentra su fundamento. No cabe hallarlo en el artículo 121 de la Constitución pues este precepto sólo prevé la indemnización de los daños causados a los particulares por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin referirse a los causados por el funcionamiento normal. Los supuestos de indemnización de daños causados por el funcionamiento normal de la Administración de Justicia legalmente previstos por el ordenamiento no pueden ampararse por lo tanto en el citado precepto constitucional pues este sólo puede servir de fundamento a las normas que establecen la indemnización de los perjuicios producidos por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Tampoco es posible encontrar el fundamento del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 106 de la Constitución pues éste precepto sólo justifica las previsiones legales que obligan al Estado a indemnizar los daños causados con ocasión o por consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, subjetivamente definidos por su incardinación en la Administración Pública. Toda vez que la Administración de Justicia no es Administración Pública en los términos del artículo 1.2 de la Ley de Ju-

jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, no es posible fundar el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo contenido está referido a un caso de actividad jurisdiccional, en el artículo 106 de la Norma Fundamental. El único precepto constitucional en el que cabe basar el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el artículo 9.3 de la Constitución que dispone:

“La Constitución garantiza... la responsabilidad de... los poderes públicos”

3. La función que cumple en el ordenamiento el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es semejante a la desempeñada en el ámbito del error judicial por el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ambos preceptos tratan de reparar los daños causados por ciertas resoluciones judiciales cuando se demuestra que los hechos en que se basaron no tuvieron lugar o no eran exactos.

¿Qué supuestos quedan comprendidos en el ámbito del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial?

La respuesta a la interrogante planteada aboca a una cuestión hermenéutica; en concreto, a la determinación del ámbito y extensión de la expresión legal “inexistencia del hecho imputado”. Las interpretaciones posibles son varias.

La más restrictiva es la de estimar que “inexistencia del hecho imputado” significa “inexistencia física o material del hecho que dio lugar a la incoación del procedimiento judicial”, esto es, no haber tenido lugar físicamente. Esta interpretación resulta demasiado rigurosa por cuanto comportaría que la obligación esta-

tal de indemnizar a quienes hubieren sufrido prisión preventiva sólo procede cuando el procesado fuere absuelto por sentencia que expresamente declara que los hechos no ocurrieron o que no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que motivó la formación de la causa (Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 637.1º). Esta interpretación resulta sin embargo excesivamente estricta por cuanto amplía en muy poco —el supuesto de sobreseimiento libre— el ámbito del artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Frente al criterio hermenéutico expuesto, hay otra interpretación defendible: la que entiende que la expresión “inexistencia del hecho imputado” hace mención a inexistencia jurídica y no meramente física. Para ello es preciso relacionar los dos términos básicos de la citada expresión, a saber: “inexistencia” e “imputado”. Si se hace así y se tiene presente la construcción “escalonada” del delito (acción típica, antijurídica, imputable, culpable y punible), puede determinarse con claridad el ámbito del precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Objetivamente, en la expresión legal quedarían comprendidos todos los supuestos de inexistencia física y jurídica de los hechos imputados: cuando no existieron ni tuvieron lugar; cuando aún habiendo ocurrido no son susceptibles de ser calificados como acciones en sentido jurídico penal (acciones realizadas por un sujeto en estado hipnótico, letárgico o movido por una fuerza irresistible); como acciones típicas; o, por último, como acciones antijurídicas, por concurrir alguna causa de justificación (artículo 637, 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Subjetivamente, en el inciso legal estarían comprendidos aquellos supuestos en los que el proce-

sado no fuere imputable, culpable o responsable de los hechos imputados; en otros términos, cuando el acusado o procesado sea inocente y se evidencie dicha circunstancia. La expresión legal empleada por el artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial está prevista para el mismo supuesto que el descrito en el artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, quedan comprendidos en el ámbito del artículo de la Ley Judicial todos los supuestos en los que la culpabilidad falta, bien porque el sujeto no es imputable, bien porque no hay dolo ni culpa, bien porque al autor no le era exigible otra conducta distinta. Para lo expuesto respecto al ámbito subjetivo del precepto de la Ley Orgánica, no tiene consecuencias que, desde el punto de vista jurídico penal, subsista la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la responsabilidad civil, por cuanto el artículo 294.1 está referido a los hechos penalmente relevantes y en su interpretación ha de ponerse especial énfasis en el adjetivo imputado. No son sin embargo acreedoras de la indemnización aquéllas personas que fueren absueltas por no haber quedado suficientemente probado, a juicio del Tribunal penal, que cometieron el hecho de que se les acusó, por gozar de inmunidad de ejecución de ejecución del fallo o por razón de la concurrencia de una excusa absolutoria.

4. El artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *“tendrán derecho a indemnización quienes ... sean absueltos ... o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre”*. A la vista del tenor del precepto, es claro que la ley supedita la indemnización a que se declare la inexistencia del he-

cho imputado en una sentencia absolutoria o en auto de sobreseimiento libre. Sin embargo, advierte la doctrina que desde muy temprana fecha la práctica de los Tribunales redujo la aplicación del sobreseimiento del número 3 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que procede “cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”) a los casos de concurrencia de una causa de exención de responsabilidad criminal. Para dar una solución en los supuestos en que se acredita la inocencia del procesado en fase sumarial, la Fiscalía del Tribunal Supremo, en respuesta a la consulta 113, señaló el 15 de septiembre de 1899 que “si los indicios de criminalidad contra determinada persona fueron el motivo que dio lugar a su procesamiento, desvirtuados posteriormente aquéllos, el Juez o Tribunal en su caso, no sólo puede sino que debe alzar el procesamiento que fue su consecuencia ...”. Este alzamiento de oficio del procesamiento no está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero su existencia es consecuencia de la necesidad de superar la estricta interpretación del número 3 del artículo 637. No obstante su inexistencia legal, es obvio que sus efectos son idénticos a los del auto de sobreseimiento libre pues la diferencia de nombre no puede ser obstáculo para la aplicación del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(1987)

CAPÍTULO VIII

FUERZA MAYOR Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La ejecución de los contratos administrativos es a riesgo y ventura del contratista. Tal principio tiene una excepción en el caso del contrato de obras, pues el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los daños producidos por causa de fuerza mayor. Así estaba establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y lo previene actualmente el artículo 144 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La indicada excepción no está prevista para el contrato de gestión de los servicios públicos. Cabe, entonces, plantear la cuestión de si la excepción mencionada resulta de aplicación a este tipo de contratos.

2. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión, en relación con las autopistas de peaje, en dos sentencias, a saber: una, de 6 de junio de 1997, y otra, de 9 de diciembre de 1998.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998 (ponente: Fernando Ledesma Barret), en su fundamento jurídico sexto, dice:

“A falta de norma específicamente aplicable al caso controvertido, que determine quién ha de soportar los daños producidos en la autopista por fuerza mayor sobrevinida durante la explotación del servicio público objeto de concesión, hemos de acudir, ex art. 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Autopistas de Peaje, a la legislación de Contratos del Estado. Más concretamente (según hemos dicho en la reciente Sentencia de esta misma Sala y Sección de 6 de junio de 1997, dictada en el recurso de apelación 882/1993, recaída en un supuesto que coincide sustancialmente con el que es objeto de este recurso) a los arts. 67 de la Ley de Contratos del Estado y 208 de su Reglamento, que establecen que el contrato de gestión de servicios públicos se regulará por lo establecido en el Título I de aquella Ley para el contrato de obras, en todo lo que no se oponga a las disposiciones propias del contrato de gestión y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél. Resulta, pues, que el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado es aplicable al caso enjuiciado y, por tanto, debe entenderse que los daños experimentados por el concesionario no son de su cuenta sino que tiene derecho a indemnización”.

Tal doctrina sustentada por el Tribunal Supremo no puede ser compartida, tanto si se atiende a la Ley de Contratos del Estado de 1965 como si se contempla conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente vigente, pues, además de integrar incorrectamente el grupo normativo aplicable, desconoce la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos y, en especial, de la concesión administrativa.

3. Dos son básicamente los argumentos que cabe oponer a la doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo: uno, menor, de carácter formal, y, otro, sustantivo.

La doctrina jurisprudencial no puede sustentarse con arreglo a Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que, en esta norma, no existe una remisión a la regulación del contrato de obras para el de gestión de los servicios públicos. En efecto, el artículo 67 de la Ley de Contratos del Estado ha desaparecido del nuevo texto legal, sin encontrar sucesor de análogo contenido. Por contra, el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas previene expresamente que la ejecución del contrato administrativo se hará a riesgo y ventura del contratista, con la sola excepción del contrato de obras (artículo 144) o de un servicio público que conlleve la ejecución de obras mientras no se produzca su recepción a su terminación²⁵.

El argumento sustantivo es, sin embargo, el determinante. Y, dado que la sentencia del Tribunal Supremo ha planteado la cuestión al hilo de unas reclamaciones formuladas por las sociedades concesionarias de dos autopistas de peaje, conviene analizar dicho argumento atendiendo precisamente a la regulación de éstas.

4. Todas concesiones de carreteras y autopistas otorgadas por la Administración al amparo de distintas normas (el Real Decreto Ley de 28 de junio de

²⁵ En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos*, Madrid, 2000, pág. 71.

1928, la Ley de 26 de febrero de 1953, la Ley 55/1960, de 22 de diciembre y normas especiales y la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión²⁶) han sido calificadas como concesiones de naturaleza mixta, de obra y servicio público²⁷.

El carácter de concesión de obra pública se acentúa en la primera fase de su existencia; especialmente, en la de construcción de la infraestructura viaria. Su índole de servicio público, se hace patente con ocasión de su funcionamiento y explotación.

Como concesión mixta, de obra y servicio público, su régimen jurídico está presidido por el principio de riesgo y ventura.

5. En su fase inicial, en la que prevalecen los elementos configuradores de una concesión de obra pública, el principio de riesgo y ventura comporta que el concesionario debe construir la infraestructura viaria, sin que a la Administración “le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir”, por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. Así lo establece el artículo 26.3º de la Ley 10/1972, de 10 de mayo, al decir

²⁶ Para un examen de los distintos otorgamientos de concesiones de carreteras y autopistas, GARCÍA ORTEGA, *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*, s.l., 1979.

²⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, “En torno a la Ley de Autopistas de Peaje”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto, 1972, págs. 325 y ss. y MONEDERO GIL, “La carretera como servicio público: su financiación y fiscalidad” en *Actas de la XI Semana de la Carretera*, Benálmadena, 12-19 junio de 1978.

“El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la autopista será el siguiente:

.../...

3º. Las obras se efectuarán a su riesgo, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito o de cualquier otra causa, excepto fuerza mayor. La Administración no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores”.

Lo mismo previene el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero.

La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor²⁸. Introducida esta excepción en el artículo 86 del pliego de cláusulas de 1886, de aplicación a las obras públicas²⁹, como justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras que quisieran asumir los grandes riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras públicas, y ratificada su existencia en el artículo 42 del pliego de 1903 y en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, es acogida también en el pliego de 1973, que regula de manera pormenorizada las indemnizaciones a que tiene derecho el concesionario caso de destrucción de la obra por causa

²⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, número 2, mayo-agosto, 1950, págs. 99 y ss.

²⁹ ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, págs. 66 y ss.

de fuerza mayor durante la fase de construcción (cláusula 112.a).

En otros términos, el concesionario está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor, teniendo reconocido únicamente el derecho a que, una vez construida, se ponga en servicio a fin de resarcirse de su coste con el cobro de los correspondientes peajes (Ley 8/1972, artículo 26.5º).

6. En la fase de explotación, prevalecen en la concesión de autopistas los elementos de la concesión de servicio público. La Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda la explotación al concesionario que corre con los riesgos económicos de la empresa.

El régimen jurídico aplicable a la explotación de las autopistas en régimen de concesión que contiene las reglas antes indicadas está constituido por la Ley 10/1972, de 10 de mayo y el pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y, como norma supletoria, la legislación de contratos del Estado (artículo 2º de la Ley 10/1972), en lo tocante al contrato de gestión de los servicios públicos. Las normas indicadas constituyen el grupo normativo aplicable que se autointegra conforme a sus propios principios rectores, de tal suerte que no es necesario acudir a las reglas informadoras de otros contratos, como el de obras, para colmar eventuales lagunas o para interpretar sus previsiones.

Las reglas básicas del régimen jurídico de explotación de las concesiones de autopistas integrado por di-

cho grupo normativo son la del mantenimiento del equilibrio económico-financiero; la de continuidad en la prestación del servicio; la de prestación del servicio a su riesgo y ventura (artículo 66, 1º de la Ley de 8 de abril de 1965); la del mantenimiento del orden en el servicio; la de no discriminación de trato y la de indemnización de los daños causados a tercero³⁰.

En especial, de las indicadas reglas deben destacarse dos, a saber: la genérica del mantenimiento del equilibrio económico-financiero y la específica de explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista.

La regla de que la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario. Esta regla no tiene excepción concreta alguna en el caso de las concesiones de autopistas en régimen de concesión. Así cabe deducirlo de un examen de las normas que integran el grupo normativo aplicable.

Ni la Ley 8/1972, de 10 de mayo, ni el pliego de cláusulas generales de 1973, ni la regulación de contrato de gestión de servicios públicos contenida en la Ley de 8 de abril de 1965 y en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, establecen excepción alguna a la referida regla. No hay

³⁰ VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial*, Madrid, 1999, págs. 210 y ss.

ninguna disposición que prevea que el concesionario tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos en la obra pública una vez que está en explotación por hechos propios, ajenos o por fuerza mayor. Es más, la cláusula 112, a) del pliego de 1973, previene específicamente que “*la destrucción de la autopista, sea total o parcial, no dará derecho de indemnización alguna (al concesionario), salvo que los daños provinieran de una orden emanada de la Administración*”, sin distinguir la causa de dicha destrucción. El silencio normativo en relación a fuerza mayor no significa que exista laguna alguna. Antes al contrario, el *argumento ex silentio o lege non distinguente* es aquí una manifestación clara de se ha querido excluir tal posibilidad. Y es que, de una parte, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la atribución de derechos y facultades ha de ser expresa y concreta (*in regalia regni, expressa iura*, que decía la Glosa Lombarda, II, 34, 8), de tal suerte que, faltando dicha atribución, no es posible reconocerle derecho al concesionario. Además, la regla de que el contratista de obras tiene derecho a que se le indemnicen los daños sufridos a consecuencia de la fuerza mayor constituye una excepción al régimen general y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta, de tal suerte que no es susceptible ni de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva. Y, de otro lado, el reconocimiento de tal derecho en favor del concesionario de los servicios públicos, llevaría a una conclusión contraria a la propia naturaleza de la institución concesional; se trataría de una conclusión de las llamadas apagógicas, en la que la regla básica de la concesión —la del riesgo y ventura del concesionario— se vería desvirtuada, desnaturalizando no ya uno de los aspec-

tos del negocio jurídico sino la institución misma, con menoscabo de la voluntad legal.

Todo ello fuerza a considerar, frente a lo sustentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de diciembre de 1998, que el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 y el artículo 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resultan de aplicación a las concesiones de autopistas, puesto que ni existe vacío alguno que colmar en materia de indemnización de daños causados por la fuerza mayor, ni resulta acorde con la estructura de la concesión su reconocimiento y aplicación.

7. El criterio expuesto en relación a las concesiones de autopistas es extrapolable a todas las demás modalidades concesionales y a todos los demás modos de gestión de los servicios públicos.

8. Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites. Pero éstos vienen determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. La concesión, habida cuenta su proyección contractual, está sujeta al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (*clausula rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y

trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado patrio no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado. En consecuencia, resulta impertinente la indemnización de daños debidos a fuerza mayor cuando el servicio público se está ya prestando, por importantes que sean, si no alteran sustancialmente la base del negocio concesional.

(2000)

CAPÍTULO IX

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO Y JURISDICCIÓN MILITAR

SUMARIO: I. Introducción: evolución de la responsabilidad del Estado.— II. El procedimiento de declaración subsidiaria del Estado en el Código de Justicia Militar de 1945.— III. Requisitos para la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el régimen jurídico vigente.— IV. El procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del Estado.

I. *Introducción: evolución de la responsabilidad del Estado*

El artículo 382 de la Ley Procesal Militar reza:

“Cuando se declare la responsabilidad civil del Estado de acuerdo con el artículo 48 del Código Penal Militar, la resolución recaída se comunicará al Ministerio de Defensa para su ejecución”

Es pues un precepto consecuencia del artículo 48 del Código Penal Militar que dispone

“El Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares con ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia”.

A su vez, este precepto es el resultado de una larga evolución legislativa en materia de responsabilidad del Estado. No procede analizar aquí minuciosamente dicha evolución, pero resulta conveniente hacer una sucinta y apretada síntesis de la misma.

Como se ha señalado³¹, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936 se negaba la posibilidad de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el caso de delitos cometidos por los funcionarios, según la opinión doctrinal³² y jurisprudencial³³. Una interpretación estricta del artículo 1903 del Código Civil, que ceñía la posible responsabilidad del Estado a que éste actuara mediante agente especial, esto es, mediante agente nombrado específicamente para una actuación y no mediante cualquier funcionario ordinariamente nombrado, hacía inviable que la Administración respondiera de los daños causados por sus empleados.

En el derecho militar, el Código Penal del Ejército de 1884³⁴ establecía que la determinación y exigencia

³¹ J. ROJAS CARO, *La responsabilidad Civil del Estado prevista en el artículo 106 (sic, debe ser 206) del Código de Justicia Militar* en Revista Española de Derecho Militar, número 42, Madrid, 1983, pág. 73.

³² Vid. DE DIEGO, *Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1934, pág. 243.

³³ En tal sentido, *Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1886, de 7 de enero de 1988 y de 4 de abril 1919*.

³⁴ En el mismo sentido, los *Códigos de Justicia Militar de 1890* (artículo 220) y *Penal de la Marina Mercante* (artículo 330).

El *Código de Justicia Militar de 1890* introdujo además un precepto, sin correlato en el Penal del Ejército, el 219 del siguiente te-

de la responsabilidad civil derivada de delitos previstos en dicho Cuerpo legal y enjuiciados por el fuero marcial correspondía a la jurisdicción ordinaria, en el caso de personas no aforadas (artículo 18), y a las Autoridades Militares, en el supuesto de personas no aforadas.

La remisión a la Jurisdicción Ordinaria y el estricto criterio sentado por la jurisprudencia y la doctrina comportaba que no se afirmara la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de delitos militares o comunes enjuiciados por la jurisdicción militar y cometidos por funcionarios.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1936 declaró la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y que había sido declarado insolvente. En dicho pronunciamiento, se hizo uso del artículo 22 del Código Penal de 1932, correlato del actual y con el mismo texto, y de una interpretación amplia de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

A partir de la promulgación de la Ley de Régimen Local de 1935, y teniendo como hitos la Ley de Bases de Régimen Local de 31 de julio de 1945 y el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, la responsabilidad del Estado fue progresivamente afirmándose hasta llegarse a la promulgación de las Leyes de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y de Régimen Jurídico de la

nor: “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, con sujeción a los preceptos del Código Penal Común”.

Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Sabido es que el artículo 40 de este último texto legal disponía:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administración Pública de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contencioso-administrativa”.

Desde 1954-1956, el ordenamiento presentaba como vigentes formalmente diversos preceptos atinentes a la responsabilidad estatal. De una parte, el transcrito artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, prácticamente idéntico a aquél; de otro lado, el artículo 22 del Código Penal que preveía que “toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente” y su correlativo 202 del Código de Justicia Militar, a más del 206 del mismo Cuerpo legal que disponía que “cuando la responsabilidad civil declarada no pudiera hacerse efectiva por insolvencia del culpable o culpables, pertenecientes a cualquiera de los Ejércitos, y el delito o falta de que se deriva aquélla lo hubieren cometido en ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado, el Tribunal o Autoridad Judicial que conociera del procedimiento podrá acordar dentro del mismo, si lo estima justo, que se exija la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo en todo o parte de la civil impuesta, mediante la tramitación que establece el artículo 1.062. Si recayere acuerdo de indemnización o

pago se hará efectivo por el Ministerio militar respectivo con cargo a su presupuesto”.

La diversidad de preceptos y de sus contenidos suscitó la cuestión de la pervivencia de los artículos 22 del Código Penal y 202 y 206 del Código de Justicia Militar de 1945 tras la promulgación de las Leyes de 1954 y 1957. Dos fueron las soluciones sostenidas por la doctrina, a saber:

- a) Una, defendida ocasionalmente por el Consejo de Estado en Dictamen de 11 de abril de 1962³⁵ y por un sector de la doctrina³⁶, estimaba que los artículos 22 del Código Penal y 206 del Código de Justicia Militar de 1945 habían quedado derogados o vacíos de contenido tras la promulgación de las Leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de Expropiación Forzosa. En consecuencia, la Administración Pública respondía directamente de los daños causados por sus agentes tanto cuando el comportamiento de éstos era delictivo y así se declarara en la correspondiente sentencia, como cuando no lo era.
- b) Otra, afirmada de forma reiterada por el Consejo de Estado³⁷ y por la mayor parte de los

³⁵ “El Consejo de Estado debe llamar la atención sobre la sustancial modificación llevada a cabo por las normas vigentes, y es que la Administración responde civilmente de manera directa y no subsidiaria, como estaba previsto en la mecánica del artículo 22 del Código Penal Ordinario, en relación con los artículos 206 y 1062 del Código de Justicia Militar, que deben estimarse derogados en este punto”.

³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1979, pág. 344.

³⁷ Vid, entre otros los siguientes dictámenes: 31.317, 35412, 38.172.

autores³⁸, entendía que subsistían dos regímenes jurídicos distintos. En el orden administrativo, la responsabilidad de la Administración Pública era directa de acuerdo con los artículos 121 y 40 de las Leyes de Expropiación Forzosa y Régimen Jurídico de la Administración del Estado, respectivamente; en el orden penal, y respecto a la responsabilidad derivada de un delito o falta cometida por sus agentes, no era directa, sino subsidiaria, de acuerdo con los artículos 22 del Código Penal y 206 del Código castrense³⁹.

³⁸ Personalmente defendí este criterio en “*La responsabilidad de la Administración Militar en la doctrina legal del Consejo de Estado*” en Revista Española de Derecho Militar, número 42.

³⁹ Debe señalarse en todo caso que, no obstante mantenerse la dualidad de régimen, existía en la doctrina, en la jurisprudencia, en la doctrina legal del Consejo de Estado y en la práctica administrativa una tendencia favorable a declarar en casi todas las ocasiones la responsabilidad de la Administración en los supuestos de existencia de delitos o faltas cometidas por funcionarios o empleados públicos. Esta tendencia se manifestó en una interpretación amplia del artículo 206 del Código de Justicia Militar, de tal suerte que se estimó que procedía la declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado en todos los casos con excepción de aquéllos en que la sentencia los excluía expresamente y en la aprobación de otras normas que vinieron, *de facto* y con dudoso respeto al principio de legalidad, a vaciar de contenido el artículo 206 del Código castrense; en concreto y en tal sentido, pueden citarse el *Decreto de 17 de noviembre de 1964* y la *Orden del Ministerio de Defensa de 15 de enero de 1979*. Vid. V. ROMERO GONZÁLEZ CALATAYUD, *Ley Penal y Procesal del Automóvil y su adaptación a la Jurisdicción Militar*, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 165, pág. 72 y J. ROJAS CARO, *La responsabilidad civil del Estado...*, op. cit., en Revista Española de Derecho Militar, núm. 42, pág. 75.

II. *El procedimiento de declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado en el Código de Justicia Militar de 1945*

Como se ha expresado, el artículo 206 del Código de Justicia Militar preveía la posibilidad de declarar la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de delitos cometidos por militares, declarados insolventes, con ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado.

Los requisitos que se exigían para hacer efectiva la responsabilidad de la Administración Pública eran pues los siguientes:

- a) Declaración de responsabilidad civil del que lo era penalmente, contenida en la sentencia o en el Decreto auditoriado de aprobación de la misma.
- b) Comisión del delito o la falta con ocasión de ejecutar un acto reglamentariamente ordenado; es decir, se precisaba que se tratara de un acto de servicio y, además, que existiere una orden para ejecutarlo.
- c) Acuerdo del Tribunal o Autoridad Judicial de exigir la responsabilidad subsidiaria del Ejército, “si lo estimaba justo”.

La jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar exigía inicialmente para considerar pertinente la declaración de responsabilidad subsidiaria la “*indigencia, desamparo y penuria notoria del perjudicado*”; posteriormente, flexibilizó su interpretación.

No suscitaba problema alguno los casos en los que existía un pronunciamiento expreso, posi-

tivo o negativo, en la sentencia. Lo planteaban, sin embargo, los supuestos en los que el proceso penal se ultimaba bien mediante sentencia absolutoria, bien mediante sentencia condenatoria en la que no se contenía pronunciamiento expreso sobre la cuestión. ¿Debía la Administración responder en estos últimos casos citados?

En los casos de sentencia absolutoria, se estimó que el Estado no quedaba exonerado de asumir las responsabilidades civiles. El lesionado o sus causahabientes debían ejercer la acción civil derivada del delito bajo una forma de instrumentación administrativa. En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado, al señalar que:

“en el actual sistema de responsabilidad de la Administración, existe una cobertura total por las lesiones o daños producidos a través de funcionarios o empleados. Tales hechos productores pueden ser delictivos (ya se trata de delitos dolosos o culposos) y en este caso la instrumentación de dicha responsabilidad puede realizarse de la siguiente forma: 1º) Se puede ejercitar la acción civil derivada del delito, conjuntamente en el proceso penal...; 2º) Puede el lesionado o sus causahabientes reservarse la acción de daños y perjuicios para ejercitarla, una vez finalizado el proceso penal. El artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé este supuesto y exige que haya recaído sentencia firme en la causa criminal. Se trata en este caso de ejercitar la acción civil derivada de un delito, pero bajo una forma de instrumentación administrativa. Este segundo supuesto es, precisamente, el que plantea el expediente remitido a este Alto Cuerpo

Consultivo, con la particularidad de que la entidad interesada, que ejercitó la acción civil conjuntamente con la penal, se ha visto forzada a utilizar la vía administrativa, por inhibición expresa de la sentencia penal...” (*Dictamen de 11 de abril de 1962*).

En los casos de falta de pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la responsabilidad subsidiaria del Estado contenido en la sentencia, se concluyó que también la Administración debía responder. Dicha conclusión se alcanzó a la vista del tenor del artículo 206 del Código de Justicia Militar, que no instauraba una responsabilidad subsidiaria general y preceptiva, sino que hacía posible su declaración cuando mediaban razones de justicia que se producían por el manifiesto desamparo en que quedaban los perjudicados si el condenado, al ser insolvente, no podía reparar el daño.

En efecto, se entendió que el Tribunal o la Autoridad Judicial debía pronunciarse expresamente sobre si procedía o no la declaración de responsabilidad subsidiaria; esto es, que el artículo 206 del Código Marcial no era una norma que permitiera potestativamente al Tribunal hacer o no un pronunciamiento al respecto; que su sentido era permitir a la Autoridad Judicial declarar en ciertas ocasiones la responsabilidad subsidiaria del Estado, lo cual en principio debía ocurrir siempre; que, cuando se entendiera que esas razones no concurrían, no bastaba con omitir toda referencia a la

cuestión, sino que era preciso que expresamente se dijera el motivo para que el Estado no respondiera. Si no se hacía, esto es, si se omitía todo pronunciamiento en la sentencia penal, el lesionado podía solicitar la indemnización al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado si concurrían los requisitos exigidos por éste para hacerlo (*Dictamen de 27 de mayo de 1981*).

- d) Incoación de una pieza separada para hacerla efectiva.

Dicha pieza separada se iniciaba con la declaración de insolvencia del condenado mediante Auto de la Autoridad Judicial o Tribunal que hubiere dictado la sentencia. Ulteriormente, el Ministerio de Defensa incoaba el correspondiente expediente administrativo de resarcimiento. A los efectos de su tramitación, no se reputaba expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

III. *Requisitos para la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Estado en el régimen jurídico vigente*

En el sistema legal actualmente vigente, el artículo 48 del Código Penal Militar establece que “el Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares con ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia”.

Como ha señalado HIGUERA GUIMERA⁴⁰, el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria está en el principio de que quien obtiene beneficios del servicio, debe asumir los daños, ya sea con base en la moderna concepción de la creación del riesgo, de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, ya con base en la aplicación de los principios de culpa *in vigilando o in eligendo*.

Dicha responsabilidad civil subsidiaria es de naturaleza objetiva⁴¹.

Para que resulte de aplicación el artículo 48 del Código Penal Militar es preciso:

- a) Que se haya cometido un delito de los tipificados en el Código Penal Militar⁴².
- b) Que el delito sea cometido por un militar⁴³.
- c) Que el delito se hubiere cometido con ocasión de ejecutar un acto de servicio^{44,45,46,47}.

⁴⁰ J. F. HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar*, vol. I., parte general, Barcelona, 1990, pág. 560.

⁴¹ Vid. en tal sentido *Dictámenes del Consejo de Estado números 198/93 y 201/93 y Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1971 y 3 de marzo de 1972*.

⁴² Si se trata de un delito o falta común, la Jurisdicción Ordinaria podrá declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado con base en el artículo 22 del Código Penal Común y, si se trata de una falta disciplinaria, la vía pertinente para solicitar y hacer efectivo el resarcimiento de los daños causados es el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre).

⁴³ El concepto de militar es el contenido en el artículo 8 del Código Penal Militar. Quedan pues excluidos los civiles que cometieren alguno de los delitos militares impropios definidos en el mismo. En el mismo sentido, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar español*, op. cit., pág. 561.

⁴⁴ El artículo 15 del Código Penal Militar define el acto de servicio como “*todos los que tengan relación con las funciones que corres-*

- d) Que, por último, el acto de servicio sea apreciado en la propia sentencia, que ha de ser firme⁴⁸.
- e) Que la responsabilidad subsidiaria del Estado⁴⁹ sea declarada expresamente.

pondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente les corresponde”.

El concepto de acto de servicio comprende el más singular de “servicio de armas”.

⁴⁵ No desnaturaliza el carácter de acto de servicio el hecho de que el procesado tergiversase lo reglamentariamente ordenado (*Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de octubre de 1956*).

⁴⁶ J. ROJAS CARO, *La responsabilidad civil del Estado prevista ...*, op. cit., en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 42, Madrid, 1983, pág. 89 observa que el concepto de acto de servicio es más restringido que la fórmula del artículo 22 del Código Penal que se refiere al “desempeño de sus obligaciones”.

⁴⁷ Respecto a los miembros de la *Guardia Civil*, sólo resulta procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado cuando el delito o falta cometidos lo hayan sido cometidos en el desempeño de sus específicas funciones, pero no cuando están francos de servicios y fuera del ejercicio de sus funciones. Las previsiones legales y reglamentarias de que los miembros de la *Guardia Civil* se consideran en “servicio permanente” deben entenderse en el sentido de que tienen obligación de intervenir en todos los hechos y circunstancias que lo reclamen, aunque sea fuera de sus demarcaciones territoriales y tiempos de servicio.

⁴⁸ En tal sentido, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar*, vol. I, Barcelona, 1990, pág. 562.

⁴⁹ En el caso de que la sentencia no se pronuncie expresamente la cuestión, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre) resultará de aplicación si concurren los requisitos establecidos en el mismo para declarar la responsabilidad de aquélla.

También es de aplicación el mencionado precepto si la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia por el Tribunal es inferior a la que realmente corresponda o si la resolución no contiene pronunciamiento condenatorio alguno por absolución o extinción de la responsabilidad penal del procesado (En tal sentido, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar español*, vol. I, Barcelona, 1990, pág. 562).

No ha dejado de suscitar dudas, por último, la utilidad del artículo 48 del Código Penal Militar⁵⁰. Incluso, el Ministerio de Defensa, llevado de un encomiable ánimo a fin de proteger a sus agentes, ha pretendido vaciar de contenido el referido artículo y afirmar la responsabilidad directa de la Administración Pública en el caso de condenas dictadas contra militares en las que se impone a éstos el pago de importantes sumas de dinero en concepto de responsabilidad civil derivada de faltas simples⁵¹.

⁵⁰ En efecto, si el artículo 106.2 del vigente Código Político y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre) consagran una responsabilidad objetiva de la Administración Pública y si las Fuerzas Armadas se insertan en la Administración Pública, no se alcanza a comprender por qué se establece un régimen especial de responsabilidad subsidiaria para daños que consecuencia de la comisión de un delito militar, esto es, de una actuación que queda integrada dentro del giro o tráfico administrativo. En tal sentido, J. F. HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar español*, op. cit., pág. 564; J. L. CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, *Sobre la responsabilidad administrativa y la coacción directa*, en *Estudis i recerques. Policia i Constitució*. Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1987, pág. 138.

⁵¹ El Ministerio de Defensa elaboró un proyecto de Orden Ministerial que pretendía establecer que la Administración asumiera directamente el pago de las indemnizaciones impuestas a los militares en una sentencia penal por hechos calificados como falta. Sometida a dictamen del Consejo de Estado, éste se pronunció en contra de su aprobación. Entre otras cosas, el dictamen decía:

“Por lo que al proyecto de Orden Ministerial en su específica concepción y articulación afecta, el Consejo de Estado estima procedentes las siguientes observaciones:

a) En la parte expositiva de la Orden proyectada se indica que, con frecuencia y en el ámbito de las Fuerzas Armadas, algunos de sus miembros, por hechos cometidos en acto de servicio o en acto de servicio de armas (artículos 15 y 16 del Código Penal Militar), son declarados por los Tri-

bunales de Justicia ‘responsables de faltas de simple imprudencia que generan, no obstante, cuantiosas responsabilidades civiles’. Entre los requisitos necesarios para que pueda acordarse el abono por el Ministerio de Defensa de las indemnizaciones derivadas de dichas responsabilidades, figura en el párrafo c) de la norma segunda ‘que el daño no se hubiere causado por dolo o grave negligencia del militar condenado’.

Es claro el desajuste entre la confesada voluntad de ceñir la Orden a los casos de imprudencia simple (afirmación de la que arranca el informe de la Asesoría Jurídica) y la prescripción normativa excluyente de los casos de dolo o negligencia grave. De esta suerte, en la graduación de la intencionalidad a efectos de la responsabilidad penal, hay escalones (imprudencia con infracción de reglamentos o culpa leve) que parecen no haber sido considerados y que, en puridad, siendo distintos de aquel (simple imprudencia) en el que se había localizado el problema y la buscada solución, quedan equiparados a él, al no aparecer incluidos en la determinación negativa del requisito enunciado en la norma segunda de la Orden proyectada.

En cualquier caso, la discordancia —explicable en el informe de la Asesoría Jurídica por la trasposición final que hace de su argumentación para engazarla con los artículos 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado— denuncia la falta de sedimentación del proyecto de Orden Ministerial que, como antes se ha advertido, viene a dar formulación dispositiva a los términos finales de un informe, sin verdadera y adicional tramitación en la que se produjera la natural depuración conceptual y terminológica. Quizá sea perceptible la sintonía entre un informe y una disposición normativa en él inspirada o de él extraída; pero son claras las distintas exigencias técnicas a que uno y otra han de responder, como diversos son el sentido y alcance expositivo de un informe y el contenido materialmente prescriptivo de una disposición.

b) También entre los requisitos de la norma segunda figura, en el párrafo e), ‘que exista relación de causa-efecto entre el hecho causante y el daño producido’. Es evidente la inanidad normativa de una exigencia que, por principio y según sus términos tautológicos, nunca puede faltar: entre la causa (‘el hecho causante’) y el efecto (‘el daño producido’) no cabe la inexistencia de relación de causa-efecto.

Parece que se ha querido hacer explícita la necesidad de que exista nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio (que, según el párrafo b) estaría en el origen del hecho causante del daño) y el efecto lesivo. Pero el requisito del párrafo e), forzado quizá por un mal concebido enlace con los requisitos de los párrafos a) y b), expresa —y en términos dispositivos— una obviedad que no es sino revelación de lo que ya antes se ha dicho en cuanto a las insuficiencias del muy precario procedimiento al que ha sido sometida la elaboración del proyecto consultado.

c) No deja de producir inicial sorpresa, a la vista del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que el párrafo b) de la norma segunda se refiera al ‘funcionamiento anormal del servicio’, cual si la responsabilidad objetiva de la Administración se limitara a aquel tipo de funcionamiento y excluyera el normal, en el que, con mayor fundamento, habría de desplegar su plena virtualidad.

El Consejo de Estado entiende, sin embargo, que en este punto la Orden es coherente con su propia concepción. Si el supuesto de la norma implica que existan ‘responsabilidades civiles a que sean condenados miembros de las Fuerzas Armadas, por razón de daños a las personas o a las cosas irrogados con motivo u ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado’ (norma primera), el funcionamiento del servicio, en el que se inserta la conducta merecedora de reproche penal, no ha de ser considerado normal. No parece pretender, pues, la Orden Ministerial verificar amputaciones en el ámbito de cobertura de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración.

Ello no obstante, el párrafo en cuestión de la Orden proyectada no es especialmente feliz en su expresión. La supresión del adjetivo ‘anormal’ (más que la adición del calificativo ‘normal’) podría ser técnicamente adecuada para vedar desviaciones interpretativas, sin perturbar la lógica de la norma proyectada (o, por mejor decir, de la solución que se pretende para el problema detectado).

d) El defecto técnicamente más grave y jurídicamente más relevante que evidencia la Orden proyectada radica en no haber discernido las insoslayables diferencias entre el planteamiento que permite la existencia de una previa decisión judicial y el planteamiento admisible a falta de tal decisión. Una ponderada valoración de tales diferencias hubiera obligado a una reflexión, primero, y a una instrumentación

de la Orden, después, de forma que las posibilidades inherentes a uno y otro supuesto no fueran rebasadas y sus singularidades quedaran atendidas. No acontece así ni en el expediente remitido ni en el proyecto consultado. Todo lo concerniente al 'afianzamiento de las responsabilidades civiles' queda en una remisión a las condiciones previstas en la Orden para el supuesto de existencia de condena.

Es manifiesta la inconsistencia de un tratamiento del afianzamiento cual si de un mero apéndice sin entidad propia se tratara. En virtud de la remisión que la norma quinta de la Orden proyectada hace, a efectos del afianzamiento se sustanciaría un expediente administrativo en el que, entre otras cosas, habría de acreditarse que no existió dolo o culpa grave en una conducta respecto de la cual se hallan en curso las actuaciones judiciales, pero sin haber recaído pronunciamiento jurisdiccional. La percepción del problema —y quizá de sus delicados perfiles— parece hallar reflejo, en la Orden proyectada, al prevenir que la resolución administrativa que se dicte, acordando o no el afianzamiento de las responsabilidades civiles, no prejuzga la resolución definitiva del expediente. Esta elemental cautela no da, desde luego, respuesta proporcionada y eficaz a las cuestiones que la iniciativa tomada deja abiertas.

En efecto, el Ministerio de Defensa, con toda la provisionalidad que se quiera, no dejaría de dictar una resolución sobre elementos esenciales para enjuiciar hechos y responsabilidades penales; tan esenciales que afectan a la culpabilidad —y al grado de ella— del miembro de las Fuerzas Armadas implicado en los hechos objeto de investigación judicial. Formalmente es clara la separación entre el orden administrativo y jurisdiccional, pero materialmente no se aseguraría la ausencia de interferencias si se procediera de acuerdo con la Orden proyectada.

No es una hipótesis de mera fantasía que la resolución administrativa denegara el afianzamiento, por estimar —provisionalmente— dolosa o gravemente negligente la conducta del miembro de las Fuerzas Armadas, y éste fuera luego absuelto o condenado por imprudencia simple o culpa leve. A la inversa, podría concederse el afianzamiento al apreciar —también con provisionalidad— la ausencia de dolo o negligencia grave y, sin embargo, recaer después una condena judicial por actuación dolosa o gravemente negligente. La norma proyectada habría así desplegado sus efec-

tos en sentido cabalmente contrario a aquel en el que se busca su fundamento y legitimación.

No es, por otra parte, aventurado prevenir que la interposición de una resolución administrativa —aun provisional— denegando, por ejemplo, el afianzamiento pudiera tener algún peso en la formación de la convicción del juzgador o interferir (incluso sin conciencia de ello) declaraciones testimoniales o dictámenes periciales, respecto de los que aquella resolución emergería como una especie de ‘prejuicio’ (juicio previo) con eventual y no querida eficacia ulterior condicionante sobre el ‘juicio’.

e) Es claro que, en el caso de condena previa y al asumirse como dato el pronunciamiento jurisdiccional ya recaído, no se plantean los problemas en la forma que acaban de ser señalados para el supuesto de afianzamiento. Pero, con independencia de los matices —a que es ajeno el proyecto— que pudieran resultar de los términos en que se hubiera declarado la responsabilidad civil de la Administración o en que se rechazara (o faltara) cualquier declaración sobre ella, y con independencia de la diversidad de situaciones según fuera la propia Administración o un tercero el beneficiario de la declaración de responsabilidad civil del condenado, es lo cierto que la resolución del Ministro de Defensa a que se refiere la cuarta de las normas del proyecto, en cuanto legitimaría el pago directo al tercero lesionado, habría de ser, propiamente y en su caso, una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado; su fundamento legitimador solo podría hallarse, conforme razona la Asesoría Jurídica, en una racionalizada fijación de los efectos materiales propios de los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, en estas circunstancias, el expediente tendría que ser el que con carácter general está previsto para dictar tal tipo de resolución, sin que por Orden Ministerial pueda contradecirse lo establecido por Decreto (el Reglamento de Expropiación Forzosa) ni por disposición administrativa, cualquiera que sea su rango, pueda dejarse sin efecto la exigencia del dictamen del Consejo de Estado (artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril).

5. Desde otro punto de vista, entiende el Consejo de Estado que la preocupación manifestada en el seno del Ministerio de Defensa, en relación con el problema cuya solución se trata de abordar, no existe sólo en el ámbito que cu-

bre la competencia gestora de dicho Ministerio. Baste considerar que, en la disposición adicional tercera de la vigente Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, se establece la posibilidad de 'concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura'. Y cabe recordar la información bien reciente acerca de la iniciativa conducente a liberar de o a cubrir la responsabilidad civil que pudiera recaer sobre determinado personal docente por razón de hechos lesivos cometidos por menores sujetos a su vigilancia o disciplina académica.

No se trata de equiparar problemas y menos situaciones. Se trata de señalar que es preciso conocer la hondura, el alcance y las variables de la cuestión, a fin de recomendar un tratamiento, no necesariamente unitario, pero sí homogeneizador y, al menos, superador de la dispersión errática de iniciativas surgidas desde diversos sectores de la Administración.

6. Una apretada síntesis de todo lo indicado podría exponerse así:

a) No procede la aprobación del proyecto de Orden Ministerial consultado, por la fuerza convergente de las distintas razones que a lo largo de este dictamen han sido expresadas. No quiere ello decir que, a partir de una razonable interpretación y aplicación de las previsiones normativas contenidas en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no puedan alcanzarse, bajo el principio de la 'solución justa del caso concreto', algunos de los objetivos pretendidos. Pero la sutileza y el ingenio hallan en el campo jurídico posibilidades cualitativamente distintas según se trate de abordar unos hechos en su singularidad o se esté en trance de categorizar, para articular supuestos y prescripciones e insertar una nueva norma en el ordenamiento.

b) Si se estimara imprescindible y siempre dentro del marco de aquellas previsiones legales —y de las demás que fueren pertinentes— sería aceptable impartir instrucciones ilustrativas y armonizadoras respecto del modo de proceder cuando el problema se plantee.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵² viene manteniendo una interpretación extensiva de la

c) En cualquier caso y con carácter previo a una iniciativa normativa, sería preciso lograr una plena coherencia entre la posición procesal de la Administración y la que pretende adoptar una vez que el litigio se ha resuelto. Es inconsecuente (y priva de solidez a la postura del Ministerio de Defensa) que la Administración sostenga pretensiones procesales y, una vez satisfechas por el órgano juzgador, se plantee el problema de cómo proceder para que las cosas discurran 'como si' aquellas pretensiones hubieran sido rechazadas.

d) Una cierta extensión —presumiblemente creciente— de la preocupación que subyace en este expediente y la real existencia de distintas e inconexas iniciativas hacen aconsejable una consideración de conjunto por parte del Gobierno, a efectos de orientar la línea de actuación de los diversos Ramos de la Administración y ejercitar en su caso la iniciativa legislativa ordenadora.

e) Las categorías jurídicas en juego tienen, por otra parte, sus propias exigencias y su lógica interna; sin duda sería deseable que sus efectos últimos expresaran una armonía en la que se realizaran con plenitud los fines que identifican las instituciones y cualifican las categorías. Pero, si como dice la Asesoría Jurídica, los Jueces y Tribunales vienen aplicando las normas penales —y no las administrativas— en materia de responsabilidad del Estado por actos punibles de los servidores públicos, es excesivo confiar en que otra articulación, ajena a la que hoy se da según la jurisprudencia y la práctica administrativa, puede ser alcanzada por la mera interposición de una Orden Ministerial. Un planteamiento serio y hondo de la cuestión y una certeza en la eficacia de la solución pretendida, con todas sus matices y aspectos, requieren el ejercicio de la iniciativa legislativa y el pronunciamiento del legislador. A falta de ello, sólo queda el margen, no ilimitado, de posibilidades —no de certeza— en el que puede operar el jurista a partir de las normas vigentes, de las instituciones jurídicas actuales y de las categorías doctrinales y jurisprudenciales existentes". (*Dictamen número 55.290*)

⁵² Vid. *Sentencias de 18 de enero de 1984, 30 de abril de 1985 y 28 de mayo de 1985.*

responsabilidad civil subsidiaria del Estado prevista en el artículo 22 del Código Penal, con abandono de los principios de culpa “in eligendo” o “in vigilando”, hasta llegar a una situación de responsabilidad casi objetiva. Para ello, se invoca la doctrina de la creación del riesgo y la de que “quien tiene los beneficios de ciertas actividades, debe pechar con los daños y perjuicios de las mismas”.

IV. *El procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del Estado*

El artículo 382 de la Ley Procesal Militar se ciñe a prever que la resolución dictada declarando la responsabilidad subsidiaria del Estado se comunicará al Ministerio de Defensa para su ejecución. ¿Cuándo procede hacerlo?; ¿Cuál es el procedimiento que debe observarse para hacerla efectiva?; ¿Qué trámites ha de observarse? Esas son las cuestiones a analizar.

¿Cuándo procede comunicar al Ministerio de Defensa la resolución dictada declarando la responsabilidad subsidiaria del Estado? Un análisis del texto legal, que no prevé excepción alguna, obliga a estimar que debe hacerse en todo caso. Tal obligación encuentra su fundamento además en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que “las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios...”. La comunicación por parte del órgano sentenciador se hará por conducto del Servicio Jurídico del Estado. Pese al tenor del precepto, la

comunicación no comporta que deba necesariamente llevarse a efecto la ejecución de la responsabilidad civil subsidiaria declarada⁵³.

Procede hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando el condenado haya sido declarado insolvente. No procede pues llevarla a efecto en el caso de que el condenado sea solvente y pueda afrontar el pago de las indemnizaciones debidas con sus bienes propios; o en el supuesto de que tenga suscrito un contrato de seguro de responsabilidad civil o, por último, en el caso de que sea beneficiario de un contrato de dicha índole que resulte suficiente⁵⁴.

No procede llevar a efecto el pronunciamiento judicial declarando la responsabilidad civil subsidiaria del condenado en el caso de que éste sea solvente. Por solvencia ha de entenderse posibilidad real de afrontar el pago de las indemnizaciones debidas a las víctimas. Es decir, se trata de un concepto funcional, de tal suerte que es insolvente quien, no obstante percibir un sueldo o tener unas rentas, no puede satisfacer de forma ordinaria y en un plazo razonable las cantidades adeuda-

⁵³ El mismo interés que la Fiscalía General del Estado ha puesto de manifiesto en el sentido de que se notifiquen a las víctimas o perjudicados por un delito las sentencias que les reconocen indemnizaciones (*Circular de la Fiscalía General del Estado de 8 de noviembre de 1991*), debe hacerse extensivo a quienes pueden verse gravados por sus resoluciones.

⁵⁴ En tal sentido la disposición adicional tercera de la Ley 4/1990, de 29 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, establece la posibilidad de “*concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración Pública, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurren circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura*”.

das. Por consiguiente, resulta perturbador la falta de declaración de insolvencia en el caso de funcionarios que perciben ingresos pero son a todas luces insuficientes para pagar las compensaciones establecidas⁵⁵.

En el caso de existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil suscrito por la Administración como tomadora y cuyos beneficiarios sean sus agentes, funcionarios o empleados, la comunicación al Ministerio de Defensa por parte del Tribunal de la sentencia en la que se declara dicha responsabilidad subsidiaria es bastante para que aquél se dirija a la entidad aseguradora a fin de que haga efectiva la cantidad determinada en el pronunciamiento jurisdiccional, sin necesidad de tramitar expediente administrativo alguno^{56,57}.

⁵⁵ Son absurdas las situaciones que se producen en ocasiones en las que funcionarios militares, perceptores de unas ínfimas rentas y salarios, son declarados solventes a los efectos del pago de astronómicas cifras fijadas en concepto de responsabilidad civil por los tribunales civiles y militares. En tales casos, a los militares se les condena a vivir en la miseria durante decenas de años y hasta su fallecimiento y las víctimas o sus beneficiarios, por su parte, no ven satisfecho su interés de reparación del daño sufrido. En estos casos, la razón debe prevalecer y debe declararse la insolvencia de los condenados a fin de que el Estado abone la cantidad fijada en concepto de indemnización tanto en beneficio de las víctimas, que podrán cobrar en breve tiempo y de una vez, sin esperar decenios, como del obligado a pagar, quien no se verá abocado a una existencia paupérrima.

⁵⁶ Esta es la solución observada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Como es sabido, a resultas del procedimiento penal incoado con ocasión del derrumbamiento de la presa de Tous y de la exigencia de determinadas garantías a los técnicos facultativos redactores y supervisores del proyecto, este Departamento ministerial se vio obligado a suscribir un seguro de responsabilidad civil que cubriera las que pudieran exigirse a sus técnicos con motivo de la ejecución de otras obras. A tal fin, la disposición adicional ter-

El perjudicado y sus herederos tienen *acción directa contra la entidad aseguradora* para obtener el resarcimiento, con base en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980. Habida cuenta que, pese a la existencia de dicha acción directa, el contrato de seguro no pierde su naturaleza privada, los límites de la obligación del asegurador alcanzan al tercero que la ejerce.

¿Puede la Administración incumplir la sentencia en la que se acuerda la responsabilidad subsidiaria del Estado?⁵⁸.

La Administración goza del privilegio excepcionalísimo de poder acordar la inejecución de las sentencias

cer de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 habilitó al Ministro para suscribir un contrato de seguro.

En los casos en que se ha declarado la responsabilidad subsidiaria del Estado con ocasión de algún procedimiento penal contra funcionarios dependientes del Ministerio de Obras públicas y Transportes, la notificación de la sentencia al Departamento bien por el órgano judicial correspondiente bien por el Servicio Jurídico del Estado ha sido título bastante para poner en marcha el mecanismo asegurador de resarcimiento.

⁵⁷ En el caso de que el órgano judicial o el Servicio Jurídico no comuniquen al Ministerio de Defensa la declaración de responsabilidad subsidiaria del Estado, su puesta en conocimiento por parte del condenado es también bastante para que la Administración reclame el pago de las cantidades debidas a la entidad aseguradora.

⁵⁸ Sobre la cuestión, en general, vid. M. BASSOLS COMA, *La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa*, en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, 1989, págs. 109 y ss.; E. GUTIERREZ DE CABIEDES, *Inejecución por la Administración de condenas pecuniarias acordadas en sentencia firme judicial*, en Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, págs. 311 y ss. y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, en Revista Española de Derecho Administrativo, número 52, págs. 485 y ss.

dictadas por el orden contencioso-administrativo⁵⁹ y otras de otros órdenes⁶⁰. Entre los supuestos previstos en el artículo 105 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo que habilitan para la inejecución de las sentencias está el que su cumplimiento comporte un “grave detrimento para la Hacienda Pública”. ¿Cabe aducir dicho supuesto como causa de inejecución de las sentencias en el supuesto que se analiza?

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo la facultad del interesado a acceder a los tribunales y a obtener una resolución de fondo sino también el derecho a que el fallo se cumpla⁶¹. La facultad de inejecutar las sentencias es, como se ha señalado, excepcional; en todo caso, debe estar consagrada en un texto con rango legal.

En el caso considerado no existe precepto legal alguno que contemple la posibilidad de inejecutar la sentencia condenatoria y es claro que el artículo 105, referido a las sentencias contencioso-administrativas, resulta inaplicable. Por ello, ha de estimarse que la Administración debe cumplir lo ordenado en la sentencia, sin que pueda dejar de hacerlo invocando el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁵⁹ Así lo previene el artículo 105.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuya vigencia ha sido sostenida por el Consejo de Estado (Vid. *Dictamen número 45.678*) y por un sector de la doctrina (Vid. L. M. DOMÍNGUEZ RODRIGO, La ejecución de las sentencias Administrativas, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 69).

⁶⁰ Vid. la Ley de Fincas manifiestamente mejorables de 16 de noviembre de 1979.

⁶¹ Así lo ha declarado el *Tribunal Constitucional en Sentencias números 26/83, de 13 de abril y 9/81, de 31 de marzo*.

Tampoco resulta de aplicación el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que permite a la Administración expropiar los derechos reconocidos en cualquier sentencia. La expropiación comporta ineluctablemente una subrogación real de un derecho por una indemnización. Dicha subrogación resulta impertinente cuando lo que se pretende sustituir es una indemnización por otra.

Procede hacer efectivo el pronunciamiento judicial en el caso de que, ora el condenado resulte insolvente y así esté declarado por el órgano judicial, ora no exista mecanismo asegurador que cubra el pago de las indemnizaciones. Debe analizarse entonces el procedimiento que ha de seguirse para ello.

Dos son las respuestas que pueden darse a la cuestión, a saber: estimar que sólo es preciso tramitar un expediente administrativo cuyo objeto sea la aprobación del correspondiente gasto y la ordenación de su pago; o considerar que es pertinente la instrucción de un expediente en el que se aprecien, además de las cuestiones financieras, la procedencia o improcedencia de la indemnización a abonar.

En el caso de que se opte por la segunda de las opciones citadas, la cuestión aboca a determinar si dicho procedimiento es, bien el general previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, bien el especial tendente a determinar la responsabilidad de la Administración del Estado.

La Administración Pública debe instruir un procedimiento administrativo cuyos trámites serán los establecidos para los procedimientos de determinación de la responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, el procedimiento a seguir no es uno de los previstos estrictamente para la gestión financiera de la Administración Pública. El expediente a instruir no tiene como objeto único la adopción de las resoluciones de orden de gasto y de pago precisas para hacer efectivas las indemnizaciones debidas.

La ejecución de una sentencia declarativa de la responsabilidad subsidiaria de la Administración exige la incoación de un expediente administrativo en el que ha de calificarse externa o formalmente la resolución judicial y ha de comprobarse la concurrencia de determinados presupuestos, requisitos y condiciones. En el procedimiento, ni se enjuicia la corrección o incorrección del pronunciamiento jurisdiccional ni se valora su fondo. Se verifica la formalidad externa de la resolución; se comprueba que se ha hecho el requerimiento de pago al condenado; que éste ha sido declarado insolvente y que la resolución judicial ha sido comunicada a la Administración en debida manera.

El objeto del procedimiento es calificar la ejecutoria desde la perspectiva del procedimiento administrativo en análoga manera a la que hacen los Registradores de la Propiedad o Mercantiles con las sentencias que han de inscribir. Dicha calificación exige la instrucción de un expediente administrativo.

El procedimiento, como se ha indicado, ha de seguir los trámites previstos para los procedimientos de determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública⁶², que adquieren perfiles pro-

⁶² Así se ha venido haciendo tradicionalmente. Vid. en tal sentido y sobre la procedencia de la vía, la *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1992*, Madrid, 1993, pág. 143.

pios y específicos cuando son aplicados al caso que se analiza.

Los perfiles propios y específicos son consecuencia de que en dicho procedimiento no es posible entrar en el análisis y examen de los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. La decisión judicial, firme y ejecutable, debe ser atendida por la Administración Pública sin considerar si concurren dichos requisitos. La sentencia ha declarado, aunque con carácter subsidiario, la responsabilidad del Estado y ello constituye un dato objetivo e incuestionable para la Administración Pública.

En consecuencia, la resolución que ultime el procedimiento y los informes y propuestas que en el mismo se evacuen han de omitir todo pronunciamiento sobre la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, porque esa responsabilidad ya ha sido declarada por el órgano judicial⁶³.

La consecuencia práctica y más importante que se deduce de que el procedimiento a seguir sea el de determinación y exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es el de la efectividad. En efecto, determinado el importe en la sentencia y acordada su ejecución mediante el correspondiente procedimiento administrativo, el hecho de que se haya seguido el contemplado para la fijación de las indemnizaciones en concepto de responsabilidad pa-

⁶³ En tal sentido, *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1992*, op. cit., pág. 147.

trimonial comporta que las mismas puedan hacerse efectivas con cargo a las partidas presupuestarias previstas para afrontar el abono de las cantidades que traen causa del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y ello no es cuestión baladí, por cuanto dichas partidas presupuestarias son créditos automáticamente ampliables; la Administración no podrá pues justificar la inejecución de la sentencia amparándose en la falta de consignación presupuestaria.

El procedimiento se iniciará bien de oficio, bien a instancia de parte.

No suscita duda alguna la posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio, a la vista del tenor del artículo 142.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y de lo previsto en el artículo 4.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo.

Existían dichas dudas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no preveía específicamente tal posibilidad.

El Consejo de Estado había afirmado que era posible iniciar los procedimientos de oficio y que era posible instruir los expedientes aunque los particulares lesionados, no obstante haber sido requeridos para personarse, no lo hicieron en término pero sí ulteriormente⁶⁴. Esa posibilidad de iniciar de oficio los proce-

⁶⁴ Vid. *Dictamen del Consejo de Estado número 1103/92, de 17 de septiembre.*

dimientos era especialmente pertinente en los casos de requerimiento de pago de indemnizaciones en concepto de responsabilidad civil del Estado.

La iniciación de oficio se acordará por el órgano competente a la vista del requerimiento de pago hecho por el Juez o Tribunal penal a la Administración declarada responsable civil subsidiaria, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia⁶⁵.

La iniciación del procedimiento deberá notificarse al interesado, esto es, al que ha de percibir la indemnización y se comunicará al órgano judicial sentenciador.

La comunicación viene justificada e impuesta por la intervención de la Administración. A los juzgados y tribunales corresponde la función de ejecutar lo juzgado, conforme al artículo 117 de la Constitución. Al adoptar el Ministerio de Defensa las medidas precisas para hacer efectiva la responsabilidad, no está asumiendo la función de “ejecutar lo juzgado”, que corresponde al poder judicial, sino que actúa como un instrumento de éste, razón por la cual es preciso comunicar el inicio del procedimiento.

⁶⁵ Así lo dispone el artículo 5.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial que reza: *“El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de siete días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo.*

El procedimiento incoado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido”

¿Existe obligación por parte de la Administración de iniciar de oficio el procedimiento cuando es requerido de pago? A la vista del tenor del artículo 142.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre y del artículo 5.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que disponen que “los procedimientos... se iniciarán”, debe concluirse que la iniciación de oficio no es una facultad de la Administración sino que constituye una auténtica obligación⁶⁶.

Cuando se trata de hacer efectiva la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la obligación de incoar el procedimiento administrativo se ve, además, reforzada por el hecho de tratarse de ejecutar una sentencia cuyo cumplimiento es ineluctable para la Administración.

El procedimiento también se podrá iniciar a instancia de parte, en concreto, de los interesados. Estos son los particulares con derecho a percibir la indemnización.

¿Puede iniciarse el procedimiento a instancia de los condenados al pago y declarados insolventes? Entiendo que no pues no ostentan la condición de interesados en el procedimiento. La solicitud de los condenados al pago, hecha a la Administración, para que lo

⁶⁶ Dicha obligación ha pretendido ser devaluada por el artículo 5.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que reza: “*Cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad entienda que se han producido lesiones en los bienes y derechos de los particulares... iniciará el procedimiento...*”

inicie ha de estimarse como denuncia y, por tanto, no es obligatoriamente atendible.

El contenido del expediente instruido para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del Estado viene determinado por su objeto y, como se ha expuesto, en el mismo deben practicarse todas las actuaciones tendentes a comprobar la concurrencia de las circunstancias antes expresadas (regularidad externa o formal de la resolución judicial; requerimiento de pago al condenado; declaración de insolvencia de éste y comunicación correcta); en especial⁶⁷, debe figurar el requerimiento de pago hecho por el juez o tribunal penal a la Administración declarada responsable civil subsidiaria, comprobándose que la liquidación ha devenido firme⁶⁸, y debe concederse audiencia al interesado antes de formular la propuesta de resolución⁶⁹, sobre todo para que muestre su conformidad con la liquidación de intereses.

A la vista de lo expuesto y, en especial, de que el procedimiento apto para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del Estado es el procedimiento establecido en el ordenamiento para determinar y exigir la responsabilidad de la Administración Pública, cabe plantearse si puede seguirse el procedimiento abreviado previsto en el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

⁶⁷ Vid. *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1992*, op. cit., pág. 147.

⁶⁸ *Dictamen del Consejo de Estado número 1103/92, de 17 de septiembre.*

⁶⁹ Vid. *Dictamen del Consejo de Estado número 902./92, de 16 de junio.*

El procedimiento abreviado⁷⁰ no es distinto del general, sino sólo una modalidad de tramitación. Resulta de aplicación cuando la relación de causalidad, el daño y su importe son inequívocas⁷¹. Su uso por la Administración es facultativa sin que el administrado tenga derecho alguno a que se siga dicho procedimiento.

El procedimiento abreviado podrá seguirse una vez iniciado el general y antes del trámite de audiencia.

El artículo 143 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y el artículo 14 y siguientes del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, prevén y disciplinan un procedimiento abreviado que resulta de aplicación “cuando sean inequívocos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización”.

Se ha señalado que el procedimiento ha seguir tiene perfiles propios en cuanto ni a la Administración ni al beneficiario les es posible entrar a considerar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, para declarar su

⁷⁰ Vid., en general, E. GARCÍA TREVIJANO, *Notas sobre el procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 81, Madrid, 1994, págs. 31 y ss.

⁷¹ Ello comporta que no son posibles resoluciones finales desestimatorias en el procedimiento abreviado.

responsabilidad patrimonial; tampoco les es dable valorar de forma independiente el importe y la cuantía de la indemnización. Por consiguiente, ha de considerarse que el procedimiento abreviado es válido para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del Estado. La pertinencia del procedimiento abreviado viene determinada por la concurrencia inequívoca de los requisitos establecidos en la ley para declarar la responsabilidad patrimonial. En el caso que se considera, dicho carácter inequívoco es absoluto pues la sentencia penal que la aprecia es un dato objetivo y absoluto que no cabe discutir.

No obstante, debe señalarse que dicho procedimiento no podrá seguirse cuando bien el interesado, esto es, el lesionado que se va a beneficiar de la indemnización establecida en la sentencia penal, bien alguno de los órganos intervinientes en el procedimiento no se muestre conforme con la liquidación de intereses practicada.

La eventual discrepancia respecto al importe de la indemnización no motivaría la continuación por el procedimiento general, pues dicha discrepancia resulta intrascendente, dado el carácter de cosa juzgada que tiene el pronunciamiento jurisdiccional.

Debe analizarse también la cuestión de si declarada la responsabilidad subsidiaria del Estado, puede el lesionado, vinculado con la Administración Pública por una relación especial, utilizar los mecanismos especiales de resarcimiento.

El lesionado y beneficiario de la indemnización acordada en la correspondiente sentencia penal puede ser también funcionario; en concreto, funcionario militar. En estos casos, el beneficiario puede hacer valer

ante la Administración Pública, y mediante el procedimiento específico ad hoc que esté previsto, su derecho a resarcimiento si el daño que sufrió con ocasión de la ejecución del delito o falta cometido lo fue durante el servicio o en atención a su condición de funcionario público⁷². Así lo ha entendido el Consejo de Estado en diversas ocasiones⁷³.

Cabe interrogarse si procede hacer efectiva la responsabilidad civil subsidiaria del Estado cuando el lesionado ya ha visto satisfecho su interés por otra vía.

Es frecuente que el juez o tribunal que ha dictado una sentencia decretando la responsabilidad subsidiaria del Estado solicite su ejecución cuando el lesionado, funcionario militar, ya ha obtenido el resarcimiento por otra vía específica que tiene a su disposición. Por lo general, se trata de supuestos en los que un miembro del Instituto de la Guardia Civil comete un delito causando daños a otro miembro del mismo Cuerpo, fijándose el importe de la cantidad a indemnizar en la sentencia. El lesionado procede entonces a solicitar el abono de los daños al amparo de sus mecanismos propios de resarcimiento⁷⁴, abonando la Administración su importe por esta vía, de tal suerte que, cuando el requerimiento de pago hecho por el Tribunal se produce, el abono ya se ha hecho.

En tales casos, la Administración no puede sin más proceder a la inexecución de la sentencia. Tampoco puede dar cumplimiento a lo acordado, pues ello daría

⁷² En concreto, al amparo del *Reglamento de 6 de septiembre de 1882 del Ministerio de la Guerra*, el *Decreto de 15 de octubre de 1970* y los *Reales Decretos de 22 de febrero de 1979* y *22 de febrero de 1980*.

⁷³ Vid. *Dictamen del Consejo de Estado número 44.257*

⁷⁴ En concreto, el *Real Decreto de 22 de febrero de 1980*.

lugar a un enriquecimiento injusto del lesionado. Por ello, debe notificarlo al Tribunal, exponiendo que el interés del lesionado ha quedado satisfecho a fin de que por el juzgador se acuerde lo pertinente.

En el supuesto de que el requerimiento de pago se produjere cuando el procedimiento incoado al amparo de la legislación específica no estuviere ultimado, habrá de suspenderse su tramitación y archivar, iniciándose el que proceda para dar cumplimiento a la sentencia, pues éste ha de estimarse preferente⁷⁵.

La efectividad de la responsabilidad subsidiaria del Estado mediante el procedimiento previsto en el Reglamento de las Administraciones Públicas para la determinación de la responsabilidad patrimonial no comporta que el abono de las indemnizaciones por tal concepto impida la percepción de las pensiones extraordinarias que pudieran corresponder al lesionado o a sus causahabientes.

Existen casos en los que, con independencia de lo dispuesto en la sentencia, el Ministro de Defensa dicta resolución declarando que el fallecimiento de la víctima del delito o falta se produjo en acto de servicio, a los efectos de la legislación reguladora de las Clases pasivas. Ello tiene como consecuencia que los causahabientes tienen derecho a percibir una pensión.

El reconocimiento y la percepción de una pensión, en cuanto supone que el Estado de modo directo e inmediato asume los resultados lesivos de una actuación

⁷⁵ Todo ello claro está sin perjuicio de conservar o reconducir los actos del procedimiento suspendido que fueren válidos al nuevo incoado en aras del principio de economía de procedimiento y conservación de los actos administrativos.

imputable a él, motiva que resulte inaplicable el artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas a los efectos de obtener una indemnización por los mismos hechos. Así lo ha declarado de forma reiterada el Consejo de Estado⁷⁶. En otros términos, no es compatible la indemnización derivada de la aplicación del ar-

⁷⁶ “...según ha declarado este Consejo de Estado en otras ocasiones, la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el citado precepto legal (el artículo 40) tiene aplicación cuando se trata de indemnizar un daño que por la misma causa o título, no haya sido objeto de reparación por otros cauces o medios específicos. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado tiene, en efecto, carácter universal pero no cabe aplicarlo más que en aquellos supuestos en que no exista otro título jurídico que permita el resarcimiento del daño causado.

En el presente supuesto, está específicamente prevista en la legislación militar la indemnización correspondiente en los casos de ‘fallecimiento en acto de servicio de las clases de tropa’.

La Ley de 26 de diciembre de 1957, que deja subsistente y a la que remite expresamente la Ley número 8/77, de 4 de enero, extendió a las clases de tropa las pensiones extraordinarias en favor de familiares por fallecimiento en acto de servicio, previstas en la fecha de promulgación de la citada Ley de 1957, en el Estatuto de Clases Pasivas y hoy en el texto refundido de 13 de abril de 1972 de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado.

Como consecuencia de la aplicación de dicha ley, los familiares de los fallecidos en acto de servicio tienen derecho a una pensión vitalicia por la ‘totalidad de la base reguladora’; cuantía después elevada al ‘200 por 100 de la base reguladora’ por Ley de 4 de enero de 1977.

* * *

De todo lo expuesto se deduce que en el presente caso, el daño ha sido objeto de la oportuna indemnización a través del sistema que el ordenamiento establece expresamente cuando se produce en el supuesto normativo en acto de servicio de las Clases de Tropa. Por tanto, entiende este Consejo, de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio, que en el presente caso no procede estimar la petición de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración”. (Dictamen expdte. número 45.978).

título 139 de la Ley 30/92 con la pensión extraordinaria que pudiere corresponder al lesionado o sus causahabientes.

Este criterio no es sin embargo aplicable a las indemnizaciones que traen causa de las sentencias penales, aunque para hacerlas efectivas, la Administración invoque el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y observe el procedimiento previsto en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo. La aplicación del referido precepto y de los citados procedimientos no comporta la transformación de la naturaleza de la indemnización y, en consecuencia, su abono es compatible con el reconocimiento de la correspondiente pensión.

(1994)

