

5. Responsabilidad patrimonial de la Administración

Especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública

Eduardo Paricio Rallo
Magistrado

5.1. Planteamiento

5.1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial

La responsabilidad patrimonial es, sin duda, un aspecto emergente en el funcionamiento de las Administraciones Públicas en general y de las Administraciones Locales en particular. Probablemente estamos ante un cambio histórico de paradigma. En efecto, en su formación contemporánea la Administración Pública asumió primero una función esencialmente limitada a la actividad de policía, de acuerdo con la lógica liberal del siglo XIX. Este perfil de actuación cambió sustancialmente durante la primera mitad del siglo XX, coincidiendo con la idea del Estado del bienestar y el reconocimiento constitucional de una nueva generación de derechos de contenido social. La necesidad de atender tales derechos generalizó la actividad de servicio público, circunstancia que caracterizó a la Administración Pública hasta finales de siglo. Pues bien, a los anteriores perfiles de actuación –la actividad de policía y la actividad masiva de servicio público– se añade ahora una actividad providencial, de cobertura del riesgo vital de los ciudadanos. A esta situación lleva una concepción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas formulada en unos términos extraordinariamente generales; una concepción que la jurisprudencia

cia ha extendido más todavía a cualquier actuación u omisión administrativa, más allá de la actividad de servicio público en sentido estricto. Por otro lado, tal régimen unitario de responsabilidad se proyecta por igual sobre todos los sectores de la actuación administrativa. Una responsabilidad objetivada, que resulta independiente de la corrección o incorrección de la actuación administrativa que se pretende responsable.

Este planteamiento tan abierto está modificando sustancialmente el paradigma de nuestra Administración Pública. Una Administración que pierde peso respecto al sector privado en la prestación de los servicios públicos y en cambio asume de forma creciente la función social de amparo del individuo frente a los riesgos, que asume una función aseguradora.

En efecto, la responsabilidad administrativa queda regulada en sus aspectos sustantivos en dos únicos preceptos de la Ley 30/1992, preceptos que se proyectan sin excepción ni matices sobre cualquier actividad de cualquier Administración u organismo público, sin diferencias. Por lo tanto, un régimen de gran alcance, tanto por su aplicación a todo el sector público como por su intensidad. Si a esta situación se añade el hecho de que la actividad administrativa se ha extendido imparablemente en todas las direcciones; es decir, si se tiene en cuenta el progresivo intervencionismo público sobre la actividad privada, el resultado es que no resulta nada difícil conectar cualquier daño particular con una actividad o una omisión administrativa, y consiguientemente imputar el daño a la Administración correspondiente.

Cabe destacar un segundo efecto derivado de la generalidad con la que ha quedado concebida la responsabilidad administrativa, y es que si la legislación no define con un cierto grado de detalle las condiciones y los límites de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, acaba correspondiendo a la jurisprudencia completar el régimen jurídico de esta institución. Y el caso es que los órganos judiciales no tienen una legitimación democrática que les haga adecuados para asumir una cuestión de esta trascendencia general. Por otro lado, la jurisprudencia se plantea la cuestión caso a caso, sin la necesaria perspectiva general.

El caso es que la responsabilidad patrimonial aplicada a la actividad municipal en general y a los daños a la vía pública en particular está alcanzando una dimensión muy notable. El crecimiento de reclamaciones

ha sido exponencial en los últimos años, y paralelamente han crecido las indemnizaciones reconocidas por los tribunales. Por otro lado, y como se puede apreciar en la jurisprudencia que más adelante se cita, se está estableciendo la responsabilidad municipal respecto de una gran variedad de daños, desde el accidente derivado de un desperfecto derivado del uso ordinario de la vía pública, hasta el provocado por las características inherentes a la señalización o al mobiliario urbanos; desde los daños provocados por un problema de mantenimiento, hasta los daños ocasionados por terceras personas, incluso por la negligencia del afectado. El resultado es una responsabilidad que considerada en su conjunto desborda claramente el límite de lo razonable y de lo sostenible.

Así, la Administración ha pasado desde una situación de irresponsabilidad anterior a los años cincuenta, a una situación de responsabilidad ilimitada a partir de la Ley de expropiación forzosa que, por primera vez, traslada el título de imputación desde la actuación antijurídica al resultado antijurídico y formula el principio de responsabilidad desde una perspectiva plenamente objetiva. Una responsabilidad que se intensifica particularmente a partir de los años setenta, cuando la jurisprudencia aplica ya plenamente y hasta las últimas consecuencias la doctrina de la responsabilidad objetiva, incluso por funcionamiento normal.

Este planteamiento ha sido esencialmente mantenido en la Ley 30/1992, incluso ampliado por la Ley 4/1999 a la responsabilidad contraída en actuaciones de derecho privado. El resultado supera ampliamente la concepción de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en los países europeos de referencia, donde esta institución está más matizada.

En términos generales, es este planteamiento el que quedó incorporado a la Constitución española, artículo 106 (“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”). Ahora bien, tal planteamiento constitucional no impone necesariamente un modelo de responsabilidad patrimonial de alcance tan amplio como el que tenemos en estos momentos.

El resultado es un régimen de responsabilidad patrimonial que resulta sostenible sólo si es una minoría de los perjudicados la que reclama la indemnización de los daños que han sufrido relacionados directa o indi-

rectamente con una actuación u omisión administrativa. Mantener una garantía de responsabilidad patrimonial pública en todos los frentes de la actividad administrativa con la intensidad que ahora mismo impone la jurisprudencia mayoritaria es, sin duda, insostenible desde la perspectiva presupuestaria. No podemos dotarnos del sistema de responsabilidad patrimonial más avanzado de Europa sin preguntarnos también cómo se financia este sistema.

5.1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial

El crecimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial general ha provocado su propia crisis, una crisis que no es exclusiva de la responsabilidad de las Administraciones Públicas sino que afecta también al proceso de objetivación de la responsabilidad civil. En efecto, también en el ámbito civil se ha ido abriendo paso una responsabilidad objetivada paralela a la tradicional responsabilidad aquiliana por culpa del artículo 1.902 del Código civil. En este ámbito la objetivación se manifestó de la mano de la teoría del riesgo, según la cual quien genera el riesgo debe responder de los daños ocasionados. Tal criterio se ha generalizado en sectores como los transportes o las industrias peligrosas y ha tenido su punto álgido en los años setenta impulsado por la idea de socializar el riesgo. Pues bien, a pesar de su expansión inicial, esta modalidad de responsabilidad civil objetivada se ha estancado; la responsabilidad por culpa no sólo no ha desaparecido sino que ha recuperado plenamente su tradicional vitalidad.

Precisamente esta teoría del riesgo ha sido uno de los argumentos que a menudo ha utilizado la jurisprudencia administrativa para fundamentar la imputación de responsabilidades a la Administración; por ejemplo, en los casos de daños ocasionados con motivo del uso de armas de fuego por parte de los agentes de policía estando fuera de servicio. Sin embargo, la traslación de la teoría del riesgo al ámbito administrativo no ha valorado un dato esencial, que es el hecho de que tal doctrina se fundamenta en la existencia de un beneficio que aprovecha el causante del riesgo, lo que justifica que el beneficiario cargue también con el daño que causa (*ubi emolumentum, ibi onus*). Tal lógica no se puede extrapolar sin más al ámbito público, pues la Administración no genera el riesgo para

obtener un beneficio particular sino precisamente al prestar unos servicios a los ciudadanos.

Este estado de cosas ha hecho que en el ámbito administrativo se haya ido extendiendo una posición crítica de la doctrina, especialmente a partir de la crítica de Fernando Pantaleón a una sentencia del año 1991 que declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria a pesar de haberse acreditado la correcta actuación de servicio y de los médicos en el caso. Unas críticas que se han acentuado a partir de los estudios de Oriol Mir Puigpelat. El caso analizado por Pantaleón es expresión paradigmática de la concepción de la responsabilidad patrimonial que tan orgullosa tenía por aquel entonces a la doctrina y a la jurisprudencia, concepción ésta que refleja el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 1991:

“Se culmina así una evolución normativa acorde con la calificación de Estado social, democrático y de derecho que tiene el Estado español, en el que la actividad prestacional y asistencial de la Administración obra un papel relevante, como se desprende, a nivel de principios, del capítulo III del título I de la Constitución y, en especial, por lo que aquí respecta, en el artículo 43, en donde se reconoce el derecho a la salud, siendo competencia de los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Se consigue con ello, además de la universal responsabilidad de la Administración Pública, en los términos fijados por la Ley, una generalización de los servicios públicos como potenciales factores de riesgo que, en la prestación de un servicio concreto a los administrados, pueden provocar una lesión de su persona o de sus bienes patrimoniales. Lesión que, cuando sea efectiva, evaluable e individualizada, deberá ser objeto de indemnización siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor, única circunstancia exonerante de ese deber general de responsabilidad que incumbe a los servicios públicos.”

Señala Pantaleón con una lógica abrumadora que si el hospital donde se intervino a la afectada hubiese sido un hospital privado, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo no hubiese dudado en absolver de responsabilidad al propietario del hospital o a los médicos, y concluye que el

reconocimiento de la responsabilidad por el mero hecho de que el hospital era público y la atención médica gratuita es el mejor argumento para los enemigos de la sanidad pública. Pantaleón acaba constatando que no hay base jurídica para sostener que todo daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar haya de ser indemnizado.

En esta misma línea, Ahumada Ramos plantea que la responsabilidad no se debería establecer a partir del nexo causal entre una acción material y el daño consiguiente, sino esencialmente entre un comportamiento y un derecho que resulta lesionado.

En definitiva, la cuestión es por qué si un ciudadano resbala en la ducha no tiene derecho a pedir ninguna indemnización, y si resbala en el paso de peatones exactamente con la misma falta de diligencia sí que le asiste el derecho a que la Administración le pague los daños, como declara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 456/2002, de 4 de abril (Ar. Jur. 205927).

No es extraño, pues, que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública comience a recibir críticas serias; que sea cuestionada por la excesiva simplicidad con la que ha sido concebida y por la generalidad y homogeneidad de su formulación. Se plantea, pues, la necesidad de matizar el régimen y alcance de la responsabilidad, especialmente en lo que respecta a la delimitación clara entre la responsabilidad patrimonial, la institución de la expropiación forzosa y las situaciones de delimitación de derechos de los ciudadanos.

En este sentido, la doctrina mencionada propone dejar la responsabilidad patrimonial para los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos o para los supuestos puntuales de responsabilidad por riesgo legalmente establecidos. En el supuesto de daños derivados colateralmente de una actuación lícita y normal de la Administración debería corresponder el régimen de expropiación forzosa o la compensación por daños cuasiexpropiatorios, siempre que tales daños representen un sacrificio especial para el afectado y tengan el objetivo de satisfacer el interés público. Éste sería, por ejemplo, el caso de los daños a establecimientos derivados del cierre de la vía pública para efectuar obras, o el caso del daño a un inmueble por parte de los bomberos para acceder al fuego producido en otro inmueble. Ambas actuaciones legítimas, orientadas a la consecución del interés público que, sin embargo, originan daños colate-

rales. La aplicación del régimen de expropiación forzosa permitiría, por ejemplo, repetir el coste de la indemnización en el beneficiario de la actuación cuasiexpropiatoria.

El otro grupo de situaciones que cabe distinguir de la responsabilidad patrimonial es el de situaciones de delimitación de derechos de los ciudadanos preexistentes, como el adelantamiento de la edad de jubilación o la publicación de las aguas privadas efectuada por la Ley de aguas. Estamos en tales supuestos ante una limitación de carácter general, mientras que en el caso expropiatorio la limitación es singular, como prevé justamente la Ley de expropiación forzosa. En el caso de la delimitación general de derechos no debería corresponder indemnización porque, o bien la limitación es constitucional e impone correctamente el deber jurídico de soportar, o bien resulta inconstitucional por violar el contenido esencial del derecho de propiedad, de igualdad u otros, en cuyo caso lo que corresponde es revocar la norma en cuestión.

La reciente evolución de la jurisprudencia ha ido matizando en algunos casos el alcance de la responsabilidad por funcionamiento normal. Más adelante se verá que así ha sucedido en general respecto a la responsabilidad por omisión administrativa, supuestos en los que la responsabilidad queda normalmente limitada a los supuestos en el que la omisión se puede calificar como culposa o ilegítima, pero no en los supuestos de omisiones legítimas o jurídicamente admisibles; esto es, omisiones que se enmarcan en un funcionamiento normal de la Administración.

Este planteamiento se ha generalizado de forma muy singular en materia de asistencia sanitaria, ámbito en el que se ha limitado radicalmente el alcance de la responsabilidad patrimonial a las situaciones de funcionamiento anormal. En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha tomado pie en la jurisprudencia civil para determinar que la asistencia sanitaria queda configurada como un servicio de medios, no de resultados, de forma que no se puede garantizar la curación del usuario ni la Administración debe asumir los daños correspondientes.

En el ámbito sanitario se ha admitido plenamente que el afectado tiene el deber de soportar los daños que su propio estado de salud le ocasione, aunque este deber no quede establecido en una norma jurídica específica. La Administración solamente es responsable de proporcionar

unos medios determinados, esto es, una atención suficiente. En este contexto, la responsabilidad administrativa tan sólo surge cuando la atención prestada no se ajusta a los estándares exigibles, cuando la atención no es la que la *lex artis* impone. Ciertamente, este planteamiento no queda exento de problemas, porque el juicio sobre la suficiencia de la atención prestada queda remitido bien a una inconcreta opinión general de la profesión –probablemente sensible al corporativismo–, bien a unos protocolos de intervención que a menudo fijan instituciones desconocidas de países ajenos. Ahora bien, no hay duda de que ni sería razonable ni resultaría económicamente sostenible aplicar al ámbito sanitario el régimen general de responsabilidad patrimonial.

Cabe añadir una última reflexión sobre el crecimiento desmesurado de la responsabilidad patrimonial. Se ha considerado que el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas constituye la cláusula de cierre en la configuración constitucional del Estado social y democrático de derecho, del Estado del bienestar. Ahora bien, es obvio que la responsabilidad queda íntimamente ligada a la libertad. En general, la responsabilidad es consecuencia de la libertad, y enajenar a los poderes públicos la responsabilidad de lo que sucede al ciudadano puede tener un coste, ya que es normal que la Administración se sienta legitimada para intervenir más intensamente en la vida de los ciudadanos. En otras palabras, si la Administración debe cargar con las consecuencias de una caída en la vía pública, será difícil negarle la potestad de regular qué calzado deben utilizar los vecinos al salir a la calle.

5.2. El deber jurídico de soportar

Uno de los aspectos determinantes en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es la delimitación del deber jurídico de soportar que afecta al ciudadano que ha sufrido el daño. En efecto, según se ha visto, el artículo 141 de la Ley 30/1992 refiere el derecho de indemnización a las lesiones que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. Así pues, la primera cuestión está en determinar en el caso si existe o no deber del ciudadano de asumir el daño que eventualmente haya sufrido, y en este punto se plantea cuál es o cuáles pueden ser los títulos de imputación del deber de soportar.

5.2.1. El título de imputación del deber de soportar

Pues bien, la jurisprudencia ha establecido en primer lugar que el título de imputación del deber de soportar el daño debe existir necesariamente, de forma que sin título no se puede pretender que el afectado soporte un daño vinculado con la Administración Pública.

Desde luego que el deber jurídico de soportar puede quedar imputado al ciudadano por una ley, o por su grupo normativo (STS de 16 de diciembre de 1999), siempre que se trate de una carga general. De esta forma, se admite que no hay una reserva de ley formal en este punto. También se admiten otros títulos de imputación del deber de soportar el daño, como la existencia de un contrato previo, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme (STS de 14 de febrero de 2006). La jurisprudencia ha entendido que el deber jurídico de soportar surge también cuando es el lesionado quien se coloca en una situación de riesgo (STS de 22 de abril de 1994). Finalmente, se excluye también la antijuridicidad cuando la Administración actúa en el marco de sus facultades normativas de innovación del ordenamiento jurídico o de autoorganización de los servicios públicos, es decir, respecto de los daños que se puedan derivar de la modificación legítima del marco legal (STS de 27 de junio de 1997).

Un caso especial es el que se plantea respecto de la responsabilidad con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración. La STS de 14 de febrero de 2006 admite que en estos casos el legislador ha querido conceder unos márgenes de apreciación a la Administración, de forma que el particular deberá soportar el daño provocado por el ejercicio de esta facultad discrecional siempre que quede dentro de unos límites razonables y razonados, y lo mismo sucede en las situaciones en las que hay que admitir un margen de apreciación a la Administración Pública, como en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. También en tales casos entiende la jurisprudencia que hay que admitir el deber jurídico de soportar por parte del ciudadano.

Así pues, para evitar la responsabilidad de la Administración hay que identificar un título jurídico que impute específicamente al afectado el deber de soportar el daño, un título que ciertamente puede provenir de fuentes muy diversas. Sin embargo, hace falta un título, y el caso es que

no hay en nuestro ordenamiento jurídico cláusulas generales que imputen al particular los daños derivados del ejercicio de la propia libertad o los daños ocasionados con negligencia de la misma víctima. En ninguna parte se establece de forma expresa que el peatón está obligado a algo tan elemental como ser consciente de sus actos, atender a su deambulación, a mirar por donde camina y qué es lo que pisa; de forma que, con independencia del efecto que la propia negligencia o la asunción de riesgos pueda tener para romper o matizar el nexo causal, no se puede identificar en nuestro ordenamiento positivo un precepto concreto que defina el deber general de diligencia; una previsión que se proyecte sobre el deber jurídico de soportar el daño derivado de la distracción.

El deber de diligencia es tan obvio que nunca ha sido necesario explicitarlo en el ordenamiento jurídico. No hay ninguna norma en estos momentos que introduzca un deber general de prudencia respecto a uno mismo. No obstante, la cláusula general de diligencia se podría extraer del mismo planteamiento del Código civil. En efecto, si el artículo 1.902 imputa a quien causa un daño por negligencia el deber jurídico de soportar sus consecuencias, este deber se debería pedir con tanta o más razón cuando es el mismo peatón perjudicado quien causa el daño. Del artículo 1.902 CC se puede desprender un deber general de diligencia que se proyecte tanto en la relación con terceros como en la relación con uno mismo. Una diligencia que es la que correspondería a un buen padre de familia en la expresión de nuestro Código civil, o la que correspondería a una persona razonable, en expresión del ordenamiento británico.

En otro orden de cosas, es lógico que el ciudadano que disfruta y aprovecha la vía pública soporte al mismo tiempo los defectos o la degradación natural que se pueda derivar precisamente del uso colectivo, incluso las molestias y perjuicios originados por las obras de reparación cuando sean necesarias en beneficio del peatón: *iure naturali ad quem spectat rei commodum spectare debet damnum*.

5.2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar mediante normativa local

Según se ha dicho, uno de los problemas que tenemos en la configuración de la responsabilidad patrimonial consiste en la generalidad y parcidad de

su regulación sustantiva. Ciertamente, la regulación de la responsabilidad patrimonial corresponde a la competencia del Estado según dispone el artículo 149.1.18.^a de la Constitución española, lo que dificulta la posibilidad de desarrollo normativo de la institución de la responsabilidad como tal por las comunidades autónomas y por las Administraciones Locales. Ahora bien, no cabe duda de que en la normativa reguladora de los diferentes servicios públicos o en la referida al uso de los bienes e instalaciones el Ayuntamiento puede introducir normas de comportamiento determinadas y puede definir también cuál es el alcance del servicio en cuestión, de forma que los daños que se produzcan fuera de esta delimitación del servicio queden también fuera de la responsabilidad municipal. En este sentido, se puede pensar en introducir en la normativa local una cláusula general de prudencia y precaución de los ciudadanos en la utilización de los bienes e instalaciones, también el deber de soportar los riesgos inherentes a esta utilización y, como se verá más adelante, el deber de soportar los daños derivados del servicio público si éste se ha prestado dentro de los estándares establecidos o, subsidiariamente, los que sean razonablemente exigibles.

En definitiva, se trata de introducir normativamente el deber de diligencia y atención que el ciudadano debe observar en la utilización de la vía pública y sus instalaciones, ya sea en términos generales en una ordenanza de vía pública o de convivencia ciudadana, ya sea en términos específicos con ocasión de la regulación de los diversos servicios o actividades públicas. Se ha visto ya cómo la jurisprudencia admite que el deber jurídico de soportar sea introducido por la normativa siempre que tal deber se establezca con carácter general para el común de los ciudadanos o de los usuarios, y se ha dicho también que no hay una exigencia específica de rango formal en este punto, de forma que es razonable que si el comportamiento de los ciudadanos en la vía pública se regula en una ordenanza, en la misma ordenanza se establezca el alcance del deber jurídico de soportar los daños que aquellos puedan sufrir con ocasión de su estancia en la vía pública o del uso que haga de las instalaciones.

En este punto conviene poner de relieve que determinadas regulaciones sectoriales incorporan efectivamente el deber general de prudencia, singularmente la regulación sobre tráfico y seguridad vial. En efecto, la normativa de tráfico establece el deber de los usuarios de circular con un

margen de prudencia suficiente como para prever los eventuales desperfectos de la calzada causados por su desgaste y uso ordinario (arts. 9.2, 11.2 y 19.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial aprobada por el Real decreto legislativo 339/1990, y art. 45 del Código de la circulación). Dicho de otra forma, el límite de velocidad exigible al conductor no es necesariamente el que se establece con carácter general para la vía en cuestión, sino la que exija una conducción prudente dado el estado de la calzada. He aquí una cláusula general de prudencia que puede justificar el deber jurídico de soportar los daños causados por desperfectos en la carretera cuando éstos sean razonablemente perceptibles por un conductor atento y prudente.

Un caso singular es el de la disposición adicional novena de la Ley citada que, para los supuestos de atropello de especies cinegéticas, establece la responsabilidad ordinaria del conductor –responsabilidad desvinculada de la eventual culpa del mismo– excepto en los casos singulares que se indican, esto es, cuando se pueda identificar un funcionamiento anormal de la Administración titular de la carretera por defectos en la señalización o conservación de la vía en cuestión. Nótese cómo en una regulación sectorial se llega incluso a invertir los papeles de víctima y Administración volviendo al planteamiento de la responsabilidad civil.

5.3. La relación de causalidad

La causalidad, es decir, el establecimiento de una relación causa-efecto entre un daño determinado y una actuación administrativa, constituye el título de imputación de la responsabilidad a la Administración. Así está previsto en la Ley. Ahora bien, la jurisprudencia complementa en ocasiones la causalidad con otros argumentos como la doctrina del riesgo, según la cual la responsabilidad corresponde a quien genera el riesgo, o la doctrina del enriquecimiento injusto, o la idea de socialización de un riesgo que favorece a la sociedad (STS de 14 de febrero de 1998). Doctrinas o argumentos que se utilizan paralelamente para imputar el daño a la Administración.

Con respecto a la responsabilidad por riesgo, la doctrina más reciente (Oriol Mir Puigpelat) propone un método para determinar cuáles deberían ser en todo caso los riesgos que pueden comportar la responsabilidad

patrimonial de la Administración Pública. En este sentido, se entiende que no procede la responsabilidad en los siguientes casos:

- Cuando el riesgo sea insignificante.
- Cuando la intervención de la Administración disminuye un riesgo anterior.
- Debe tratarse de un riesgo no permitido (riesgo no afrontable según el estado de la ciencia).
- Ni tampoco consentido (consentimiento informado).

5.3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio

El artículo 139 de la Ley 30/1992 condiciona la responsabilidad administrativa al establecimiento de una relación de causalidad entre el daño antijurídico y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Desde un primer momento, la jurisprudencia interpretó la referencia a los servicios públicos como sinónimo de toda actividad administrativa, del giro o tráfico administrativo, de la gestión administrativa en general, o del “hacer y actuar de la Administración”. En consecuencia, la responsabilidad se puede ligar a cualquier vertiente de la actividad –o la no-actividad– de las Administraciones Públicas, sin límites materiales.

Ahora bien, por muy amplia que sea la interpretación del concepto de servicio público, está claro que en algún momento se acaba o deja de existir el servicio público en cuestión, algún límite debe tener el concepto de actividad administrativa, no se puede tratar de un título de imputación infinito. Dicho en otras palabras, el hecho de que el ordenamiento reconozca la capacidad de intervención administrativa en un sector no puede significar una responsabilidad tendencialmente ilimitada de la Administración respecto de los daños que se produzcan en este sector. Menos en los casos en los que el ordenamiento se limita a apuntar una competencia futura, como sucede con las materias del artículo 25 de la Ley de bases del régimen local; listado que, sin embargo, sirve a menudo por sí solo de pie para la imputación de responsabilidades a la Administración Local. En este punto, se debería distinguir entre las cláusulas generales de habilitación competencial, de las competencias formuladas en términos de res-

ponsabilidad obligada de intervención, como sucede por ejemplo con los servicios mínimos del artículo 26 de la LRBRL.

Pues bien, para definir el alcance exacto de la responsabilidad municipal en una materia determinada puede ser de utilidad la apelación a los estándares en tanto que indicadores que definen de forma precisa el contenido de los derechos de los usuarios y, por lo tanto, el alcance del servicio público. Es decir, la apelación a los estándares como método de fijación de lo que debe considerarse servicio público o actividad administrativa exigible y lo que no se puede considerar como servicio público a los efectos de la responsabilidad de la Administración titular.

La Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado prevé precisamente en su artículo 4 la obligación de todos los ministerios de definir los servicios y prestaciones que proporcionan a los ciudadanos, sus contenidos y los estándares de calidad. Este mandato ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 951/2005 sobre la base de las cartas de servicios como instrumentos de compromiso que definen el alcance de los servicios públicos desde la perspectiva del usuario.

La jurisprudencia ha admitido en ocasiones que el servicio público no es infinito y que hay que estar a los estándares exigibles, bien sea unos estándares en sentido estricto, es decir, que determinen objetivamente los niveles de pureza, eficacia o seguridad, o supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (STS, Civil, de 29 de junio de 1999); o bien, en ausencia de los anteriores, los estándares que puedan considerarse como razonables, o los exigibles de acuerdo con la conciencia social (STS de 16 de febrero de 2006), idea que quizá se podría extender al concepto de “buena administración” o de las buenas prácticas administrativas que se utiliza recientemente.

Como ejemplo de apelación a unos estándares precisos, puede resultar significativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de octubre de 2002, que estima suficiente el estándar antideslizante de una pintura aplicada a la señalización vial, concretamente a un paso de peatones en el que había resbalado una persona.

Por otro lado, cabe distinguir entre estándares de resultado y estándares de medios. En el ámbito de la sanidad pública, se ha generalizado la utilización de los estándares de medios desde el momento en que se admite ya sin excepción que el servicio sanitario es un servicio de medios y

no de resultado. De esta forma, la Administración cumple su responsabilidad con la simple aplicación de los medios de curación técnicamente procedentes o exigibles, sin resultar responsable de la eficacia o el resultado de los mismos y los daños que se generen una vez aplicados los tratamientos convenientes. De esa manera la eventual responsabilidad administrativa queda desligada del resultado dañoso.

Se puede discutir si el servicio público de mantenimiento de las vías públicas debe ser considerado como un servicio de medios o de resultado, pero lo que no se podrá negar es que no se puede exigir un estado impoluto y perfecto de la vía pública minuto a minuto. Habrá que admitir que tanto la inversión inicial como la inversión de mantenimiento deben tener sus límites y que las instalaciones tienen una vida útil y un proceso de degradación natural y admisible. Los estándares se pueden fijar bien para garantizar un resultado, una especie de “transitabilidad” mínima de las calles, o bien fijando un ritmo y una intensidad determinada en el mantenimiento de las vías públicas. En este sentido, hay que destacar como, en el ámbito de las carreteras de la Generalitat, el hecho de que exista un servicio de mantenimiento que vigila periódicamente el estado de la carretera, retira los obstáculos o corrige los defectos que constata, es un dato que reduce sensiblemente su responsabilidad frente a reclamaciones. En este caso, se acredita el cumplimiento de un deber de diligencia que inicialmente exculpa a la Administración.

La acreditación de un estándar de medios puede tener claramente un efecto directo sobre la responsabilidad de la Administración (STS de 3 de diciembre de 2002). Así sucede en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de noviembre de 1999, que considera que el servicio público afectado en este caso no es el general de carreteras, sino mucho más concretamente el de restauración de las condiciones de normalidad en la carretera ante un suceso, y que la responsabilidad administrativa deriva de una valoración del rendimiento exigible a la Administración en este punto. En tal sentido se establece que corresponde al afectado la carga de probar los elementos de hecho que justifican la anti-juridicidad del daño y la relación de causalidad, mientras que corresponde a la Administración probar la intervención de terceros –excepto que se trate de un hecho notorio– y también el estándar de rendimiento del servicio que preste la propia Administración.

Hay situaciones en las que el estándar viene determinado desde campos colaterales. Así sucede, por ejemplo, con el colectivo de personas parcialmente impedidas o disminuidas en cuanto a su movilidad por la ciudad, personas que tienen derecho a un diseño urbano accesible según se dispone en el artículo 54 de la Ley 13/1982, en el artículo 4 de la Ley 20/1991 y en el artículo 11 y disposición transitoria primera del Decreto catalán núm. 135/1995, disposición esta última que incluye estándares muy específicos de accesibilidad con respecto a las vías públicas.

Por el contrario, en otros supuestos los estándares pueden ser simplemente de medios, como sucede, por ejemplo, en los casos de huelga de los servicios de mantenimiento de las vías públicas, de recogida de basuras u otros semejantes. El derecho de huelga es un derecho constitucional que, por su propia naturaleza, se proyecta sobre el común de los ciudadanos afectados y limita sus derechos. Para que el derecho de huelga sea posible es necesario que los afectados soporten sus consecuencias, de forma que este derecho se constituye en sí mismo como título jurídico que impone a los ciudadanos la obligación de soportar. Precisamente la fijación de servicios mínimos supone el punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos de los afectados por ésta. En este punto, está claro que los eventuales daños derivados de la no-prestación de los servicios es consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental y el estándar en la prestación del servicio queda transitoriamente reconducido a unos medios determinados, que son los definidos como servicios mínimos. En este caso, no resulta exigible a la Administración unos resultados determinados sino la prestación de unos medios determinados, medios que son los transitoriamente fijados.

En definitiva, frente a la tendencia a formular los servicios públicos de forma amplia, ambigua o poco comprometedor, resulta conveniente delimitar los servicios públicos y establecer estándares y niveles concretos de prestación, ya que de otro modo la jurisprudencia tiende a imputar a la Administración una responsabilidad virtualmente ilimitada, responsabilidad que en ocasiones deriva de la mera titularidad formal de una competencia o de una potestad de intervención genérica. Una jurisprudencia que, en el mejor de los casos, reconduce la responsabilidad a unos estándares de razonabilidad o de buena administración que acaban definiendo los tribunales, caso a caso, sin tener en cuenta criterios generales como de

sostenibilidad presupuestaria y la necesidad de priorizar unas inversiones sobre otras. Decisión esta última de naturaleza genuinamente política y, por tanto, ajena a los órganos jurisdiccionales.

5.3.2. Causa adecuada y causa eficiente

Para establecer la relación causal, la jurisprudencia ha utilizado esencialmente el denominado *método de la causa adecuada o causa eficiente*, aunque en algún momento se ha apuntado la teoría de la equivalencia de causas. Según este último planteamiento, un resultado determinado es imputable a la concurrencia objetiva de una serie de factores cuya ausencia, en hipótesis, hubiese evitado el resultado, de forma que cualquier factor que, de no existir, hubiese impedido el resultado, es, en sí mismo y por igual, causa del resultado. Se trata, de factores, todos ellos necesarios, que se sitúan en un plano de igualdad, pues todos generan igualmente el resultado. Llevado a su extremo, este método permitiría establecer entre las causas de un delito y sus responsables el hecho de engendrar al delincuente, pues sin su nacimiento aquél no se hubiese producido.

Éste es un planteamiento inicial, de origen penal, ya abandonado en estos momentos, aunque asombrosamente se reaviva de vez en cuando, como ha sucedido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2004.

Sin embargo, el planteamiento que se ha impuesto es el de la causa eficiente, que es un sistema que busca el factor dominante entre todos los que han causado un efecto determinado. Se trata de aislar la circunstancia que, en el curso normal de los acontecimientos, es suficiente por sí sola para causar el daño invocado. No debe tratarse sólo de un factor suficiente, sino que al mismo tiempo debe ser un factor que resulte normalmente idóneo para causar el resultado, lo que se denomina la *verosimilitud del nexo*. Un planteamiento éste que lleva a excluir los actos indiferentes, los inadecuados o no idóneos, y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia ha respaldado claramente esta última técnica de determinación de la causa del daño, no es frecuente en cambio que las sentencias utilicen de forma precisa y cuidadosa esta doctrina. Por ejemplo, en el caso de accidentes por mal estado de la vía

pública es frecuente que se establezca la responsabilidad a partir de la mera constatación del desperfecto, sin ponderar en qué medida la negligencia de la víctima ha cooperado en el daño resultante. Sin embargo, es frecuente que en tales casos la causa del daño lo sea tanto el desperfecto en la vía pública como la falta de atención del peatón siempre que el defecto fuese perceptible, como suele suceder. El accidente se debe a ambos factores conjuntamente y no sería posible sin el uno y el otro, y en el momento de medir el peso relativo de uno y otro hay que valorar circunstancias como por ejemplo el hecho de que el resto de peatones no hayan sufrido el accidente, dato que permite deducir que no es el desperfecto en la acera el que normalmente conduce al resultado dañoso sino la falta de atención del peatón. En definitiva, la aplicación genuina de la doctrina del factor eficiente que la jurisprudencia suscribe masivamente comporta un juicio comparativo entre las diversas causas del accidente, juicio que a menudo se deja de lado o no se efectúa rigurosamente.

5.3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño

La primera jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial exigía una relación causal inmediata, directa y exclusiva, de forma que ningún otro factor entorpeciese ese vínculo directo. La intervención del afectado, aunque fuese por mera imprudencia, o la intervención de un tercero desplazaba absolutamente la responsabilidad de la Administración. Esta doctrina ya ha sido superada en nuestra jurisprudencia, que admite plenamente la responsabilidad mediata o indirecta de la Administración. Ahora bien, sí que se mantiene una línea jurisprudencial que considera que la relación causal se interrumpe si interviene una conducta culposa del afectado, una conducta lo suficiente intensa hasta el punto de que sin ella el daño no se hubiese producido (SSTS de 4 de noviembre de 1997 y de 15 de julio de 1999), o bien en los supuestos en los que es el afectado quien se sitúa en una posición de riesgo (STS de 22 de abril de 1994, a propósito de daños sufridos con ocasión de la represión policial de una manifestación). Una doctrina que no admite posiciones intermedias o de responsabilidad compartida.

El caso es que una vez superada la fase en la que se requería una responsabilidad inmediata y directa de la Administración, sin interferencia de terceros, hemos llegado a una situación notablemente confusa sobre las consecuencias de la intervención del afectado o de terceros en la producción del daño.

En efecto, alguna jurisprudencia sólo admite la concurrencia de una negligencia gravísima del afectado para interferir la relación causal. Una negligencia que, además, debe ser determinante en la producción del daño (STS de 21 de diciembre de 2004). En otros casos, la jurisprudencia exige que la negligencia del afectado sea la única causa determinante del daño para exonerar la responsabilidad de la Administración (STS de 20 de febrero de 1999). Una tercera línea jurisprudencial, más pragmática, se inclina por el reparto de responsabilidades en supuestos de concurrencia de causas (STS de 15 de abril de 2000). Una línea esta última frecuentemente utilizada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC de 15 de abril de 2003).

Respecto a la intervención de terceros es paradigmático el caso de vertido de aceite, grava u otros en la calzada, sustancias que acaban provocando un accidente al vehículo que transita posteriormente por la misma vía. En este punto la jurisprudencia es vacilante, ya que algunas sentencias imputan la responsabilidad sin más a la Administración titular de la vía, mientras que otras sentencias consideran que la acción del tercero interrumpe el nexo causal, de forma que en tal situación sólo se puede atribuir responsabilidad a la Administración cuando se constata una omisión en su deber de vigilancia. Una omisión culposa que depende del tiempo transcurrido entre el vertido o la acción del tercero y el momento del accidente, ya que no se puede atribuir a la Administración el deber de reaccionar de forma inmediata ante cualquier incidente (STS de 11 de febrero de 1987). Corresponde a la Administración la carga de la prueba en este punto, como se ha visto.

Cabe añadir que en tales casos, aunque el vehículo que causó el vertido sea desconocido, ello no significa el cierre de la vía indemnizatoria. En efecto, en el supuesto de que el causante directo del daño sea desconocido, la responsabilidad recae por sustitución en el Consorcio de Compensación de Seguros en los términos del artículo 11.1.a) de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor,

aprobado por el Real decreto legislativo 8/2004, de forma que en muchas ocasiones la Administración titular de la vía pública acaba asumiendo la responsabilidad de un daño provocado por un tercero desconocido por el simple hecho de no tener presente la responsabilidad del consorcio mencionado.

5.3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o *culpa in vigilando*

La jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones municipales como consecuencia de daños producidos en la vía pública se proyecta tanto en supuestos de acciones o de actuaciones positivas de la Administración, como en supuestos de omisiones, esencialmente por *culpa in vigilando*. Ahora bien, en el caso de las conductas omisivas existe una doctrina jurisprudencial según la cual sólo se puede establecer un nexo causal cuando se constate un funcionamiento anormal, es decir, en los casos de omisiones culposas, pero no en los casos de funcionamiento normal del servicio. Una doctrina ésta que se ha expresado de forma muy clara en campos como el penitenciario, en los casos de lesiones sufridas por internos y la eventual responsabilidad de la Administración penitenciaria por falta de vigilancia o de condiciones de seguridad (STS de 18 de marzo de 2000). Recientemente se ha expresado en este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 2009 (casación núm. 5921/04), sentencia dictada en el caso Gescartera. Admite el tribunal que la titularidad de la competencia de control y supervisión no comporta la responsabilidad derivada de una eventual falta de servicio en la acción de control cuando no se pone de manifiesto una actuación no razonable del órgano en cuestión. He aquí pues un juicio de razonabilidad que opera a modo de un estándar más allá del cual no existe servicio público al que imputar la responsabilidad.

Esta doctrina, quizá aún incipiente, está presente en el resto de las situaciones de responsabilidad por omisión, como en los supuestos de falta de vigilancia y reparación de las acciones de terceros sobre la vía pública –vertidos de materiales diversos o sustancias oleaginosas– como se ha visto.

El caso es que la responsabilidad objetiva tal como ha sido entendida por la jurisprudencia quiebra en las situaciones de omisión administrativa, donde la exigencia de culpa administrativa es una constante.

5.4. Conclusión parcial

Según se ha visto, bajo la cobertura de un régimen homogéneo y único se esconde una notable dispersión doctrinal, una confusión constante en la jurisprudencia, que en ocasiones aplica la responsabilidad objetiva más estricta, y en otros casos utiliza, de forma abierta o encubierta, una exigencia de culpabilidad en la acción de la Administración. Una jurisprudencia que en ocasiones maneja un concepto virtualmente infinito del servicio público, y en otras ocasiones precisa de forma rigurosa sus límites; que en algunos casos valora los factores concurrentes en el daño, particularmente la intervención del afectado, y en otros desprecia esta posibilidad excepto que sea absolutamente determinante, que se trate de una imprudencia abrumadora. Una jurisprudencia que puede tener en cuenta el riesgo creado por el ciudadano en el momento de valorar la antijuridicidad del daño, o puede considerar esta circunstancia dentro del nexo causal. Una jurisprudencia que se inclina por la doctrina de la causa determinante, pero no es proclive a medir el peso relativo de las diferentes causas que intervienen en el daño invocado.

A ello hay que añadir que las categorías dogmáticas con las que se ha construido la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –esencialmente relación causal, título de imputación y antijuridicidad del daño– son categorías a primera vista sólidas, pero a poco que se profundice resultan imprecisas y se confunden unas con otras hasta el extremo de que resultan a menudo inútiles.

Sea como fuere, estamos ante un régimen de responsabilidad patrimonial que, en la interpretación dominante, resulta prácticamente ilimitado y presupuestariamente insostenible. Sin embargo, puede apreciarse cómo tímidamente alguna jurisprudencia comienza a cuestionar la función providencialista que se atribuye a la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y comienza a poner las bases para una reorientación de la misma.

5.5. La responsabilidad del contratista

Es relativamente frecuente el supuesto del daño causado por una actuación o servicio público gestionado por un contratista; es decir, el daño causado a terceros mediante formas de gestión indirecta. El problema se plantea en los casos en que el prestador del servicio es una persona privada, sea un contratista de obra pública, sea un concesionario o una sociedad privada de propiedad pública. En estos supuestos resulta que entre la Administración y el usuario o el ciudadano afectado se interpone un particular, que es quien presta materialmente el servicio. Particular que mantiene unas relaciones de Derecho público con la Administración y unas relaciones de Derecho privado con el usuario. Desde la perspectiva del usuario afectado el daño es imputable de forma inmediata a un sujeto privado, de forma que el régimen aplicable sería el general del Código Civil –responsabilidad por culpa o negligencia– y la jurisdicción competente sería la común.

Ahora bien, estamos ante un daño ocasionado por una obra o servicio público que es de titularidad municipal. La cuestión es que el régimen y las garantías del ciudadano son muy diferentes en los ordenamientos civil y administrativo de responsabilidad, pudiéndose cuestionar que el estatuto jurídico del ciudadano quede alterado y disminuido a causa de una decisión meramente organizativa de la Administración titular del servicio al establecer su forma de prestación. Al fin y al cabo, si no desaparecen en estos casos los privilegios exorbitantes de la Administración frente al ciudadano, tampoco las garantías de éste deberían verse menguadas.

Ciertamente se puede superar la cuestión imputando una responsabilidad concurrente de la Administración a partir de una culpa en su deber de vigilar, o por culpa en la elección del contratista. Hay jurisprudencia en este sentido (TSJ de Cataluña, Sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero), pero esta cuestión no se puede despachar de forma genérica y no es fácil fundamentar un deber de vigilancia preciso relacionado con la concreta actuación del contratista que ha producido el daño. Por lo tanto, inicialmente el afectado deberá escoger entre la responsabilidad de la Administración titular del servicio, o la del contratista que ha originado el daño de forma inmediata.

Así pues, la primera cuestión que se plantea en el supuesto de daño causado por el contratista es la del sujeto responsable. Ahora bien, existen

más cuestiones: el régimen jurídico de la responsabilidad, y también el procedimiento de reclamación.

El artículo 198 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, al igual que lo hacía el artículo 97 del texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, establece el principio general de responsabilidad del contratista con respecto a “todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”, planteamiento que sólo admite las excepciones de los daños causados como consecuencia directa e inmediata de una orden formulada por la Administración, o bien los daños causados por vicios del proyecto elaborado por la Administración en los casos de contrato de obras o en el de suministro. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 256.c) de la misma Ley al establecer la obligación del contratista de indemnizar por los daños que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio. Por su parte, el artículo 235.c) del Reglamento de obras y servicios de las entidades locales (Decreto 179/1995) incluye un planteamiento más amplio al obligar al contratista a “responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que se hayan realizado en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible”.

Por lo tanto, la Ley es bastante precisa al imputar la responsabilidad bien a la Administración bien al contratista. Sin embargo, no es sencillo para el afectado conocer de forma clara si el daño ha sido causado por una orden de la Administración o como consecuencia del proyecto o debido a una cláusula ineludible para el contratista. En este sentido, el apartado tercero del propio artículo 198 prevé un procedimiento ante la Administración para que esta misma determine el sujeto responsable:

“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.”

Una vez aclarada la responsabilidad, el apartado cuarto parece referirse a un posterior procedimiento:

“4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”

Ahora bien, una cosa es que la responsabilidad económica final pueda corresponder a la empresa contratista, y otra cosa es el papel que corresponde a la Administración ante el perjudicado. El artículo 196.3 de la Ley de contratos suscita dos cuestiones:

1. Si estamos ante una acción arbitral previa, que debe ir seguida de la acción de responsabilidad propiamente dicha una vez la Administración ha definido el sujeto responsable, o bien, en esta acción se deben resolver todos los aspectos de la cuestión, incluidos los aspectos de fondo.

2. Si se trata de un procedimiento obligado o es una acción meramente potestativa.

Pues bien, con respecto a la primera cuestión es cierto que el tenor literal del artículo 198.3 apunta a una acción previa, de carácter arbitral, en que se trata solamente de identificar al sujeto responsable. Así lo indica la referencia a la interrupción del plazo de prescripción y, sobre todo, el tenor del apartado cuarto; un pronunciamiento arbitral después del que habría que plantear una reclamación contra el responsable. El caso es que la jurisprudencia se ha mostrado vacilante en este punto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003 (rec. núm. 3315/1999) refleja las dos líneas jurisprudenciales que se han alternado en esta cuestión:

“Una tesis, que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el artículo 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la Sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970.

La segunda tesis es la que interpreta el artículo 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento

sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto.

En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista, tesis que mantienen también las Sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la Sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra sala.”

Consiguientemente, la Administración no se interpone necesariamente como sujeto responsable ante el ciudadano (como sucede por ejemplo en el caso de la responsabilidad de las autoridades o funcionarios –art. 145 de la Ley 30/1992–), sino que adopta una mera posición dirimente, una posición que se limita a fijar la existencia de responsabilidad y el sujeto responsable.

A partir de aquí parte de la doctrina (Berberoff/Sospedra), entiende que el afectado tiene varias opciones: bien una reclamación directa ante la Administración, bien ante el contratista según su criterio, o bien la acción previa dirimente del artículo 198.3 de la LCSP, y posteriormente actuar en consecuencia ejerciendo la acción contra la Administración o bien la acción –civil– contra el contratista.

Entiendo que este planteamiento es innecesariamente complejo y reiterativo. Ciertamente, el procedimiento dirimente del artículo 198.3 de la LCSP es optativo, de forma que el afectado tiene siempre abierta la posibilidad de una reclamación directa contra el contratista. Ahora bien, entiendo que es igual que el actor plantee la acción dirimente del artículo 198.3 de la LCSP o bien que plantee una reclamación sustantiva y directa contra la Administración. Tanto en un caso como en el otro, la Administración deberá pronunciarse sobre la existencia efectiva de una situación de responsabilidad y sobre si ésta pesa sobre la propia Administración o sobre el contratista, un pronunciamiento que da paso directo al recurso jurisdiccional sin más.

En el caso específico de las concesiones administrativas el procedimiento es más claro. Los artículos 121 y 123 de la Ley de expropiación

forzosa imponen necesariamente la reclamación ante la Administración titular del servicio concedido y ésta se deberá pronunciar tanto sobre la procedencia de la responsabilidad como sobre quién debe afrontarla.

En los casos ciertamente frecuentes en que la Administración no se pronuncia sobre la responsabilidad o se limita a reenviar la reclamación al contratista sin entrar en el fondo, la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de entender que la Administración se convierte en responsable precisamente por no haberse pronunciado, sin perjuicio de repetir después contra el contratista (TSJ de Cataluña, Sentencia núm. 213/2006, de 21 de febrero de 2006; Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León –Burgos–, Sentencia núm. 198/2003, de 7 de mayo de 2003, y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia núm. 1437/2004, de 30 de septiembre de 2004).

Así pues, no cabe duda sobre la identidad del sujeto finalmente responsable: será el contratista por regla general, y será la Administración si el daño responde a imposiciones ineludibles para aquél. Pero en el caso que la Administración rehuya un pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación, se coloca como responsable inicial a ojos de la jurisprudencia mencionada.

En definitiva, el afectado puede utilizar el procedimiento arbitral del artículo 198.3 de la LCSP, o bien puede optar por una reclamación directa contra la Administración o contra el contratista, o contra las aseguradoras de una u otro, ya que el procedimiento del artículo 198.3 de la LCSP es optativo; o bien puede formular una reclamación jurisdiccional conjunta contra todos ellos –previa reclamación administrativa, ya que en el caso de la Administración es preciso un acto previo a la vía jurisdiccional–. En el caso específico de servicios gestionados por concesión, no existe posibilidad de reclamación directa al contratista o a su aseguradora, ya que el artículo 123 de la LEF impone la reclamación ante la Administración en todo caso.

A la vista de cuanto se ha dicho queda claro que el procedimiento arbitral o la reclamación conjunta son las alternativas más prudentes para el afectado, ya que una reclamación singular contra uno u otro responsable eventual corre el riesgo de resultar fatalmente errónea.

Finalmente, en cuanto al régimen aplicable, no cabe duda de que la responsabilidad de la Administración se somete al régimen de responsabi-

lidad patrimonial. La duda surge con respecto a la responsabilidad total o parcial del contratista. En este caso se trata de una persona jurídico-privada, y si la responsabilidad se establece entre dos privados –perjudicado y contratista–, el régimen debe ser inicialmente el establecido en el Código Civil, esto es, la responsabilidad aquiliana por culpa o negligencia, y no la responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que la jurisprudencia civil se haya aproximado en ocasiones al régimen de la responsabilidad administrativa admitiendo una responsabilidad casi-objetiva derivada del riesgo. Éste parece ser el planteamiento del artículo 198.4 de la LCSP cuando dispone que “La reclamación de los terceros se debe formular, en todo caso, de acuerdo con el procedimiento que establece la legislación aplicable a cada supuesto”.

Ahora bien, la jurisprudencia se ha mostrado resistente a aplicar el régimen civil aun cuando lo que se dirima sea la responsabilidad exclusiva del contratista. En este sentido, la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de febrero de 2006 entiende que la titularidad municipal del servicio que ha causado el daño comporta la responsabilidad del ayuntamiento –y el consiguiente régimen público de responsabilidad patrimonial–, aunque la gestión fuera asumida por un concesionario.

5.6. Otros supuestos de responsabilidad concurrente

Existen otras posibilidades de responsabilidad concurrente de Administración y particulares. Se trata de los supuestos en que el daño ha sido causado conjuntamente, como por ejemplo el caso de un accidente ocasionado con motivo de unas obras en la vía pública realizadas por un particular en interés propio. En este caso, las obras se llevan a cabo con licencia municipal y el ayuntamiento resulta responsable de controlar las medidas de seguridad exigibles según la licencia, la ordenanza o la legislación en general. La responsabilidad se puede imputar, en consecuencia, al autor material –el particular que lleva a cabo las obras– y también a la Administración por culpa en la vigilancia.

Se trata de una responsabilidad que inicialmente se presenta como concurrente, pero de naturaleza diferente en cada caso. La responsabilidad de la Administración es objetiva y queda sometida a una reclamación

y un procedimiento previo, mientras que la responsabilidad del particular es civil y puede exigirse mediante una acción judicial directa.

En estos momentos ya no cabe duda sobre la jurisdicción competente, de forma que si la acción es conjunta se deberá ejercitar directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así es a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de forma que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas a la Administración Pública deben ser vistas en todos los casos por la jurisdicción contencioso-administrativa independientemente del tipo de responsabilidad que se plantee o del hecho que en la producción del daño concurren particulares o una compañía de seguros –art. 2.e) de la Ley jurisdiccional.

Este planteamiento ha acabado con una confusión notable derivada de la tensión entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, aunque genera una situación atípica en el sentido de que la jurisdicción contenciosa deberá determinar la posible responsabilidad de un privado –eventualmente en solitario, si en el transcurso del proceso se descarta la responsabilidad concurrente de la Administración–, en aplicación estricta del Código Civil y con la consiguiente aparición de una jurisprudencia paralela a la civil.

Aparte, la diversidad de regímenes jurídicos en un mismo caso puede provocar situaciones extrañas, como aplicar regímenes diferentes de prescripción, ya que la responsabilidad administrativa está sometida a la prescripción de un año (art. 142.5 de la Ley 30/1992), mientras que la prescripción civil por responsabilidad extracontractual es de tres años [art. 121.21.d) de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, Ley 29/2002].

Sea como fuere, los problemas no acaban con la unidad de jurisdicción. En efecto, hay que determinar si la responsabilidad concurrente es solidaria o mancomunada, ya que esta cuestión condiciona el planteamiento procesal del recurrente. Así, si estamos ante una responsabilidad solidaria, es indiferente que el actor accione sólo contra la Administración. El artículo 1.144 del Código Civil faculta al acreedor a dirigirse contra todos los deudores solidarios o sólo contra uno de ellos, de forma que el afectado puede pedir toda la responsabilidad a la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de que ésta repita después la cuota que pueda corresponder al responsable concurrente. Por el contrario, si la responsabilidad es mancomunada, el recurrente deberá dirigirse necesariamente

contra todos los eventuales responsables, con el riesgo de que finalmente obtenga una satisfacción parcial, limitada a la cuota de responsabilidad imputable a quien haya sido formalmente demandado.

Desde un punto de vista procesal, el artículo 12 de la Ley de enjuiciamiento civil impone el litisconsorcio pasivo necesario en los casos en que la tutela jurisdiccional sólo pueda hacerse efectiva frente a diversos sujetos conjuntamente considerados. Por lo tanto, tal requerimiento en la forma de plantear el recurso no resulta exigible en los casos de responsabilidad solidaria –puesto que, como ya se ha visto, la obligación se puede hacer efectiva en su totalidad frente a cualquiera de los obligados–. Pero sí es exigible el litisconsorcio pasivo en el caso de la responsabilidad mancomunada, con el riesgo de que la sentencia se limite a conceder solamente la cuota de responsabilidad que corresponde a los efectivamente demandados, ya que no se puede condenar a los que no han sido demandados formalmente. En este sentido, el artículo 72.3 de la Ley jurisdiccional dispone que las sentencias referidas al reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo tienen efectos entre las partes.

Cabe entender que esta obligación del recurrente de formular el recurso contra todos los responsables mancomunados no puede ser sustituida por el emplazamiento que la Ley jurisdiccional prevé respecto a los interesados, ya que este emplazamiento es una mera información a los efectos de la comparecencia voluntaria del codemandado, y el particular puede perfectamente no sentirse afectado por una reclamación que no se dirige contra él sino exclusivamente contra la Administración; del mismo modo que en una acción civil dirigida exclusivamente contra el particular corresponsable no es exigible la comparecencia de la Administración ni, por lo tanto, puede ser finalmente condenada.

Así pues, la cuestión es si la responsabilidad extracontractual es solidaria o mancomunada. Pues bien, el artículo 1.137 del Código Civil impone el principio general de mancomunidad. En efecto, la solidaridad no se presume, y sólo aparece cuando así lo determinen las partes o la Ley. Ciertamente, este planteamiento tan rotundo ha sido matizado por la jurisprudencia civil, que ha venido estableciendo supuestos adicionales de solidaridad, entre ellos precisamente el caso de la responsabilidad extracontractual (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencias de 10 de no-

viembre de 1981 –RJ 4471– y de 8 de febrero de 1991 –RJ 1157–). Ahora bien, en el ámbito administrativo cabe mantener el principio general de mancomunidad. En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha recibido por ahora la jurisprudencia civil en esta materia y continúa manteniendo cuando ha tenido ocasión el principio de responsabilidad mancomunada, salvo que no sea posible diferenciar las cuotas de responsabilidad de quienes concurren (Tribunal Supremo, Sentencias de 28 de junio de 2006 y de 12 de diciembre de 2001). Debe señalarse en este sentido que el artículo 140 de la Ley 30/1992, que se refiere a la responsabilidad concurrente entre Administraciones Públicas, fue ampliado por la Ley 4/1999 precisamente para introducir la regla de la responsabilidad mancomunada en los supuestos ordinarios de concurrencia, tan sólo con la excepción de los casos de responsabilidad derivada de fórmulas de actuación conjunta.

Así pues, hay que concluir que en el ámbito administrativo la regla es la mancomunidad y la excepción la solidaridad. Una excepción ésta que se aplica esencialmente a los casos en los que no sea posible diferenciar la parte de responsabilidad que corresponde a cada sujeto causante del daño.

En consecuencia, el perjudicado deberá demandar a todos los responsables que potencialmente hayan podido concurrir en la producción del daño, con el riesgo de ver disminuida la compensación a la cuota correspondiente a los efectivamente demandados y a quienes voluntariamente comparezcan en esa calidad.

5.7. Responsabilidad en relaciones de sujeción especial

Hay que plantearse si la responsabilidad de la Administración opera con los mismos parámetros e intensidad cuando se refiere a daños ocasionados en el marco de una relación de sujeción especial. Debemos ser conscientes de que los daños ocasionados por el funcionamiento normal o anormal en las relaciones internas entre la Administración y su personal o en otras relaciones de sujeción especial serían enormes.

Cabe recordar que el régimen administrativo de responsabilidad patrimonial constituye una excepción singular del régimen general de responsabilidad por culpa que es el común previsto en el artículo 1.902 del

Código Civil. La cuestión es si este régimen específico de responsabilidad objetiva es consustancial a la Administración en todas sus actuaciones sin excepción, o bien queda referido al marco de la relación general entre Administración y ciudadano y a las prestaciones y servicios públicos que la Administración Pública ofrece a los usuarios en general.

Pues bien, el régimen especial de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se configura a modo de garantía incorporada al estatuto del ciudadano como tal en su relación con los poderes públicos. Ése es el sentido de un régimen notablemente más favorable que el común. De acuerdo con tal planteamiento, el específico estatuto de responsabilidad patrimonial objetiva no tiene por qué aplicarse en el ámbito de determinadas relaciones de sujeción especial, como por ejemplo en la relación de la Administración con su personal. En este ámbito, el empleado público se encuentra en una posición que no es propiamente la de un ciudadano ante los poderes públicos y no tiene por qué quedar protegido con el estatuto y las especiales garantías que son propias de los ciudadanos como tales. Debe señalarse que cuando el artículo 139 de la Ley 30/1992 define conceptualmente la responsabilidad de las Administraciones Públicas lo hace como un derecho de los particulares frente a la Administración Pública: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados...”, concepto de particular que hay que referir inicialmente a los ciudadanos en el marco de una relación de sujeción general con las Administraciones o poderes públicos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 1 de febrero de 2003 –casación núm. 7061/2001– y de 14 de octubre de 2004 –casación núm. 2282/2000–) ha distinguido varios supuestos: cuando el daño ha sido causado por el funcionamiento normal del servicio público –por ejemplo, el daño causado a un agente de policía en el transcurso de una actuación típica– hay que entender que el perjudicado asume el riesgo inherente a la función que ejerce, de forma que la compensación se debe limitar a la prevista ordinariamente en el ordenamiento en el marco de la relación estatutaria, sean las prestaciones de seguridad social, sean las indemnizaciones genéricamente previstas en determinados supuestos –por ejemplo, las prestaciones establecidas por acciones terroristas–. En definitiva, no estamos en este caso ante un daño antijurídico.

Si el daño ha sido causado por un funcionamiento incorrecto del servicio público habrá que determinar si la irregularidad es imputable o no al perjudicado. En el primer caso, la causa del daño está en el mismo perjudicado y no opera la responsabilidad de la Administración. Por el contrario, si la causa del daño es ajena al perjudicado, opera plenamente la responsabilidad de la Administración según la doctrina citada.

Así pues, en el marco de una relación estatutaria la posición del funcionario perjudicado es sustancialmente igual a la del perjudicado en una relación civil ya que, finalmente, sólo hay responsabilidad cuando se identifica una por culpa o negligencia –esto es, por funcionamiento anormal.

La cuestión es si las anteriores consideraciones, que han sido elaboradas por el Tribunal Supremo al hilo de la relación funcional, son extensibles a otras relaciones de sujeción especial, como por ejemplo la que se establece entre un determinado servicio público y el usuario del mismo. En términos generales la jurisprudencia no se ha planteado esta cuestión específica y ha venido aplicando genéricamente el régimen de responsabilidad patrimonial. Entiendo que en este punto habría que salvar la situación de los daños ocasionados por insuficiencia de las prestaciones inherentes al servicio público. En efecto, el alcance de un servicio público no es infinito, todos los servicios tienen unos límites. No es razonablemente exigible que la sanidad, la seguridad o el transporte públicos deban proporcionar satisfacción a todas las demandas, intereses o situaciones; ni se puede pedir que el diseño y configuración de las vías públicas sea impecable, y que su mantenimiento sea inmediato. Entiendo que el servicio público debe quedar limitado a las prestaciones establecidas en la legislación o, en su defecto, las que sean razonablemente exigibles a partir de unos estándares sostenibles. Más allá de estos estándares legales o convencionales, hay que entender que no existe servicio público, y, en consecuencia, no existe responsabilidad administrativa por falta de sujeto responsable en la relación causal.

5.8. La posición de las compañías de seguros

5.8.1. La unidad de jurisdicción

La unificación jurisdiccional a que antes se ha hecho referencia afecta también a los recursos planteados contra las compañías de seguros que dan cobertura a las Administraciones Públicas, de forma que también en este caso desaparece inicialmente la confusión de jurisdicciones.

Ahora bien, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de contratos de seguro, establece el deber del asegurado –la Administración– de poner en conocimiento del perjudicado la existencia de un contrato de seguro y su contenido para que éste pueda formular si lo desea una acción jurisdiccional directa contra la compañía aseguradora. Por lo tanto, la legislación específica prevé una reclamación jurisdiccional independiente del asegurado, en este caso, independiente de la Administración Pública. La cuestión es si por esta vía la jurisdicción civil entra nuevamente por la ventana después de haber salido por la puerta. En definitiva estamos en un pleito entre privados, sin presencia administrativa.

La jurisprudencia se ha mostrado contradictoria; en la obra de Berberoff y Sospedra se citan dos Sentencias de las audiencias provinciales de Málaga y Asturias a favor de esta posibilidad (respectivamente, de 20 de febrero y 5 de octubre de 2004), y una Sentencia en contra de la Audiencia Provincial de Madrid (3 de noviembre de 2004).

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley jurisdiccional parece claro al atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente los recursos interpuestos contra las Administraciones Públicas sino la materia en general referida a la responsabilidad patrimonial administrativa:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[...]

e) 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 aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

En el mismo sentido, el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cualquier reclamación referida a la actuación de las Administraciones Públicas y específicamente en relación con la responsabilidad patrimonial:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.”

Por lo tanto, la atribución jurisdiccional es objetiva, por razón de la materia, independientemente del sujeto demandado, y en el caso de una reclamación directa a la compañía de seguros lo que se debate es la responsabilidad del asegurado; esto es, la responsabilidad de la Administración y su régimen jurídico público. Por otro lado, la reclamación directa a la compañía de seguros obviaría una cuestión obligada como es la necesidad de previa reclamación administrativa, de forma que se llegaría a un pronunciamiento jurisdiccional sin acto administrativo expreso o presunto.

5.8.2. La posición jurídica de la aseguradora

Respecto de la posición jurídica de la aseguradora, hay que tener presente que lo que se debate es la responsabilidad de la Administración, pero la situación de la aseguradora no es la de quien se subroga en la posición de la Administración, no es un sustituto de la Administración. Ante terceros, la aseguradora no desplaza a la Administración para colocarse en su lugar, sino que aparece como responsable concurrente, concretamente como responsable solidario al lado de la Administración porque no es posible distinguir su responsabilidad de la municipal. Un responsable solidario por lo menos respecto a los riesgos que tienen cobertura en la póliza. Otra cosa es que en las relaciones internas entre Administración y

aseguradora no exista una situación típica de solidaridad –de reparto de la deuda– sino de asunción de la deuda por parte de la aseguradora.

En consecuencia, se puede debatir en el proceso el alcance de la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora; esto es, si la responsabilidad pedida queda incluida dentro de los riesgos cubiertos por la póliza o, por el contrario, hay una parte de la responsabilidad que debe ser asumida en solitario por la Administración. El debate procesal no queda limitado a la existencia de responsabilidad de la Administración demandada, sino también a las relaciones internas entre los codemandados si las partes así lo plantean, y la sentencia deberá abordar esta cuestión en cumplimiento del deber de congruencia. Un debate –el de las relaciones internas entre Administración y aseguradora– que no correspondería si la posición de la segunda fuera de mera subrogación procesal con respecto a la primera.

Sea como fuere, hay que tener cuidado en los supuestos cada vez más frecuentes en que la compañía de seguros asume la defensa de la Administración ya que los intereses y la posición de una y otra pueden no ser los mismos si hay diferencias sobre el alcance de la cobertura del seguro. En estos casos, dejar la representación de la Administración en manos de la aseguradora puede ser peligroso.

Consideración aparte merece la posición de la compañía de seguros en tanto que actora. En efecto, la aseguradora del perjudicado puede asistir al perjudicado en una función de mera representación jurídica, situación que no plantea problemas. Pero sucede que en ocasiones la compañía de seguros cumple con su obligación de indemnizar al afectado y plantea entonces una reclamación contra la Administración causante del daño. Estamos en este supuesto ante una auténtica excentricidad puesto que la Administración se ve obligada a abonar el coste de un riesgo a quien precisamente basa el objeto de su negocio en asumir ese riesgo. Sin embargo, por absurda que pueda parecer la situación, el caso es que el artículo 43 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro no deja margen, puesto que atribuye a la aseguradora los derechos y las acciones que corresponderían al administrado, sin ninguna limitación aplicable al caso.

5.8.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS

Una de las peculiaridades en la posición jurídica de las compañías de seguros se encuentra en el interés especial que la Ley 50/1980, del contrato de seguros, prevé con respecto a la demora del asegurador. En efecto, el artículo 20 de dicha Ley establece un interés especial que es el interés legal del dinero incrementado en un 50%. Este interés se devenga a partir de los tres meses del siniestro o bien a los cuarenta días de su comunicación. A partir de los dos años este interés no podrá ser inferior al tipo del 20%. La Ley prevé que el hecho de que la deuda no sea líquida no es obstáculo para el devengo de este interés a favor de quien haya de cobrar la indemnización, sea el asegurado, sea el tercero perjudicado. Un interés que no opera cuando exista una causa justificada para oponerse al mismo.

En cualquier caso, se trata de un interés que afecta a la compañía de seguros en solitario, no a la Administración.

La jurisprudencia ha delimitado claramente la aplicabilidad de este interés especial en el sentido de que sólo procede en el caso de acción directa contra la compañía aseguradora, cuando la situación de demora es imputable a ésta. Tampoco hay demora si la Administración niega la responsabilidad y ésta sólo surge a partir de la declaración judicial (STS de 19 de septiembre de 2006).

Por otro lado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido en Sentencia de 1 de marzo de 2007 el modo de computar el interés en el sentido de que el tipo mínimo del 20% en caso de demora superior a los dos años se aplica a partir del tercer año, de forma que durante los dos primeros años sólo opera el tipo legal incrementado en el 50%.

5.9. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad

5.9.1. El principio de la *actio nata*

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992 establece el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Un plazo que cuenta desde el momento en que se produjo el daño o desde el momento en que se manifiesta el resultado lesivo. El

mismo precepto añade que en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empieza a contar desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

Tal planteamiento recoge una larga jurisprudencia referida al principio de *actio nata* del artículo 1.969 del Código Civil, en el sentido de que la prescripción cuenta desde el momento en que la acción se pudo ejercitar. Así pues, el plazo no empieza a correr hasta que no se completan los elementos de hecho y de derecho que permiten el ejercicio de la acción. En este sentido, por ejemplo, la acción para exigir la responsabilidad derivada de la anulación de una disposición de carácter general no computa hasta el momento en que se declara formalmente su nulidad (STS de 3 de noviembre de 2006); o en una cuestión incurso en un proceso penal, hasta que en la sentencia penal se fijan los hechos y se resuelve sobre la eventual falta de legitimidad del daño (STS de 7 de diciembre de 2005).

La anterior doctrina no siempre es favorable al afectado, ya que puede suceder que se precipite al interponer la reclamación o el recurso cuando aún no se han estabilizado las secuelas o los resultados dañosos, situación en la que la responsabilidad queda limitada a los daños efectivamente constatados pero no a los futuros, ya que no se puede dejar para ejecución de sentencia la valoración de unos daños aún no sucedidos (STS de 19 de diciembre de 2006).

5.9.2. Interrupción del plazo

El plazo para ejercer la acción de responsabilidad es un plazo de prescripción, de forma que admite interrupciones (STS de 31 de mayo de 1999). Por lo tanto, resultan aplicables al caso los motivos previstos en el Código Civil, singularmente en Cataluña en la primera Ley del Código Civil de Cataluña, norma esta última que prevé no sólo motivos de interrupción –art. 121.11–, sino también causas de suspensión del plazo –arts. 121.15 y ss.–, significativamente la fuerza mayor sucedida en los últimos seis meses del plazo.

Pues bien, la jurisprudencia ha acotado el motivo más frecuente de interrupción de la prescripción, que es la reclamación judicial o extrajudicial. En este sentido, se admite que la acción penal o civil interrumpe la prescripción salvo que ésta sea manifiestamente inadecuada. También la

reclamación en vía administrativa interrumpe la prescripción, pero siempre que esta reclamación sea idónea (STS de 21 de marzo de 2000).

Por su parte, la jurisprudencia civil ha profundizado en este aspecto estableciendo que solamente existe interrupción de la prescripción si la acción se dirige al sujeto pasivo adecuado (Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 22 de marzo de 1971, RJ 1302), o si la acción ejercida anteriormente es la misma que se ejerce posteriormente, no otras que sean más o menos análogas (Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 8 de marzo de 1975, RJ 1302).

5.9.3. El supuesto de los daños continuados

Según se ha dicho, el cómputo de la acción de responsabilidad no empieza hasta el momento en que los daños quedan estabilizados y son conocidos. Ése es el punto de arranque del plazo independientemente de que los daños se continúen produciendo en el futuro, como sucede por ejemplo con las secuelas. El hecho de que un daño sea continuado no supone que el plazo de reclamación se mantenga permanentemente abierto. Éste es el planteamiento que se desprende del artículo 142.5 de la Ley 30/1992 y también el que deriva del principio de *actio nata*, ya que a partir del momento en que el afectado conoce el alcance del daño –aunque éste se proyecte hacia el futuro–, dispone ya de todos los elementos necesarios para exigir la responsabilidad.

Sin embargo, la jurisprudencia no mantiene siempre tal criterio. Así, en ocasiones se entiende que en el caso de daños duraderos o de tracto sucesivo hay que esperar a que el efecto lesivo se acabe de manifestar (STS de 12 de mayo de 1997), criterio que aplicado a las secuelas comportaría un plazo de reclamación tendencialmente infinito. En el mismo sentido, la Sentencia de 14 de febrero de 2006 se refiere a la extinción del derecho de caza de un particular como consecuencia del hecho de que el lugar fue declarado parque natural; el Tribunal Supremo entendió que como el daño se proyecta a lo largo de la vigencia del permiso de caza, la prescripción no empezaba a correr hasta el vencimiento del permiso anulado.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha matizado esta interpretación, en el sentido de que, cuando se trata de daños de producción suce-

siva e ininterrumpidamente, el plazo sólo queda abierto si no es posible fraccionar los daños en etapas o en hechos diferenciados (Sentencia de 20 de julio de 2001).

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de 10 de junio de 2004 mantiene una doctrina más elaborada que limita los supuestos de daño continuado a aquellos que se producen de forma gradual y sin solución de continuidad, de forma que el resultado dañoso no pueda ser evaluado hasta el final, mientras que si el daño es conocido en su extensión, aunque se proyecte hacia el futuro, la situación es diferente; esto es, la prescripción cuenta desde el momento en que se da este conocimiento cierto sobre el alcance del daño.

5.10. Cuantificación del daño

5.10.1. Expectativas de derecho y lucro cesante

Según establece el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Así pues el primer requisito es que el daño sea efectivo, esto es, que se haya producido una pérdida real en el patrimonio del afectado.

Este planteamiento excluye ya de entrada los daños hipotéticos y los futuros. En efecto, el Tribunal Supremo ha descartado la compensación de daños basados en meras hipótesis y conjeturas (STS de 24 de febrero de 2005, EDJ 2005/71692) o la compensación de meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes (STS de 12 de mayo de 1997, EDJ 1997/3188).

Ahora bien, la necesidad de que el daño sea efectivo no excluye los daños futuros siempre que éstos sean ciertos. En este sentido, el daño indemnizable incluye también el lucro cesante de acuerdo con el principio general del artículo 1.106 del Código Civil. Otra cosa es que la fijación del lucro cesante se deba hacer sobre una base suficientemente contrastada, aunque no hace falta acreditar que los beneficios perdidos fueran absolutamente indiscutibles. Así, del cálculo hay que excluir los denominados “sueños de ganancia”, pero no las ganancias que se pueden esperar razonablemente, dada la situación y a la vista de los medios dedicados por el

afectado para su consecución. Determinada jurisprudencia exige que el lucro cesante esté ya predeterminado, aunque pendiente de materialización (STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1997). En definitiva, se excluyen las meras expectativas o las ganancias dudosas o contingentes o las que dependen de circunstancias aún no sucedidas y potenciales.

Por otro lado, el lucro cesante exige una prueba rigurosa y su apreciación es restrictiva (STS de 12 de mayo de 1997).

Aparte de los daños hipotéticos –meramente posibles pero no ciertos–, la jurisprudencia excluye también las expectativas de derecho. Esto es, pérdidas futuras que aunque sean indiscutibles o perfectamente previsibles, no responden a un derecho consolidado sino a una mera expectativa jurídica.

Un caso significativo es el de anticipación de la edad de jubilación. En este supuesto la jurisprudencia ha señalado que el funcionario no tiene un derecho subjetivo a jubilarse a la edad legalmente prevista en un momento determinado; lo que el funcionario tiene es una mera expectativa, de modo que la modificación legal de la edad de jubilación no afecta a un derecho subjetivo o un interés cierto, efectivo y actual (STS de 22 de marzo de 1999).

Esta jurisprudencia contrasta con el avance que ha experimentado el ordenamiento administrativo en el sentido de reconocer plenamente el interés legítimo. La cuestión es que la responsabilidad queda limitada a “la lesión de bienes y derechos” que sufra el particular, esto es, al sacrificio de derechos subjetivos. La expectativa de derecho no alcanza la condición de derecho subjetivo, y quizá por esta razón queda fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, no cabe duda de que la expectativa –la pérdida de la oportunidad– puede representar un valor económico en sí misma y, en este sentido, hay otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico público que otorgan un valor a las expectativas y que disponen su compensación. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la valoración de las expectativas urbanísticas en las expropiaciones de suelo no urbanizable (Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Sexta, Sentencia de 10 de febrero de 2000).

5.10.2. El daño moral

Entre los daños susceptibles de compensación se incluyen también situaciones intangibles como el daño moral o el dolor (*pretium doloris*).

La introducción del daño moral se produjo en el ámbito administrativo a partir del denominado *caso de los novios de Granada* (STS de 12 de marzo de 1975), cuando un interno en un hospital psiquiátrico provincial se tiró por la ventana y cayó sobre una pareja de novios que paseaba por la calle y mató al novio. Una sentencia que mezcla el daño moral con referencias al valor económico del novio tanto para sus padres como para la novia.

A partir de esta apertura jurisprudencial, el daño moral se ha ido asentando y ha tomado entidad propia. De esta manera, la jurisprudencia viene compensando el daño ocasionado por la falta de información sobre posibles malformaciones del feto y la subsiguiente pérdida de la oportunidad para tomar una decisión sobre un eventual aborto (STS de 30 de junio de 2006), el daño al prestigio profesional derivado de la filtración de una sanción a un funcionario (STS de 2 de noviembre de 2006), los daños morales sufridos por la persona encarcelada una vez decretado el sobreseimiento de la causa (STS de 20 de septiembre de 2006, rec. 4882/2002), o el especial retraso en la tramitación de un proceso judicial (STS de 15 de marzo de 2006, rec. 2710/2002).

Se trata de compensar la lesión de derechos inmateriales como el prestigio, la dignidad, el honor, la intimidad, la imagen, etc. Siguiendo la doctrina norteamericana, nuestra jurisprudencia exige que el daño sea relativamente grave (STS de 30 de junio de 2006). Al mismo tiempo, parte de nuestra jurisprudencia condiciona la indemnización del daño moral al hecho de que no exista indemnización de un daño patrimonial paralelo, en el sentido de que el daño moral no puede actuar como una ampliación del daño patrimonial: *“Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual”* (STS de 6 de abril de 2006), aunque ésta no es la posición mayoritaria que, en general, admite el daño moral como un componente más de la indemnización final, muchas veces estimada en cómputo conjunto (v. gr. STS de 17 de enero de 2006, rec. 8425/1999).

En lo que se refiere a la valoración del daño moral, la jurisprudencia es unánime en considerar que no existen parámetros objetivos, de forma

que usualmente la cantidad es definida a tanto alzado sobre la base de una valoración en conciencia de las pruebas y las circunstancias.

Cabe decir que la tabla de indemnizaciones que se utiliza habitualmente a los efectos de valorar las lesiones físicas o la muerte del afectado, que es la tabla incluida en el Real decreto legislativo 8/2004 que aprueba la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, incorpora la parte de daño moral correspondiente en las indemnizaciones que establece.

5.10.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones

Las prestaciones devengadas en aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones que derivan de la responsabilidad patrimonial en la medida que tienen causa en títulos jurídicos diferentes. En efecto, la responsabilidad extracontractual de la Administración tiende a garantizar la plena indemnidad de la víctima, objetivo que las otras prestaciones que eventualmente puedan corresponder por el mismo al daño no aseguran ordinariamente. Ahora bien, esta compatibilidad no supone ignorar las otras prestaciones percibidas, ya que compensar todo el daño cuando la víctima ha podido recibir ya compensaciones parciales por otras vías comportaría una situación de enriquecimiento injusto, de forma que en el momento de fijar la indemnización por responsabilidad patrimonial hay que valorar la situación en su conjunto (Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, sección sexta, Sentencias de 7 de diciembre de 2005 –Cendoj: 28079130062005100528– y de 19 de abril de 1997 –EDJ 5342).

En este contexto, si la víctima mantenía una relación laboral en el momento del accidente o del daño, causó baja laboral y, lógicamente, recibió las correspondientes prestaciones. Por lo tanto, ya existe una compensación parcial por esta vía, y hay que tener en cuenta tal circunstancia en el momento de establecer la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder.

5.11. Intereses y actualización

El principio de indemnidad del afectado es constante en la jurisprudencia en el momento de establecer la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Una vez se ha acreditado que existe un daño antijurídico sufrido por un particular y que tal daño es consecuencia de una actuación administrativa, hay que compensar el daño y esta compensación debe ser íntegra.

En este contexto se plantean dos cuestiones. La una se refiere a la forma de valorar el daño, es decir, a la determinación de los criterios de cuantificación que corresponde utilizar; la otra cuestión se refiere a cómo, una vez obtenida la indemnización, se mantiene su valor hasta el momento en que aquella sea abonada.

Respecto a esta última cuestión, existen varios sistemas que permiten actualizar la cantidad aplicando determinados índices, como el índice de precios al consumo o cualquier otra cláusula de estabilización, pero la institución jurídica tradicional al efecto es la de los intereses.

Ahora bien, los intereses responden a dos objetivos muy diferentes, bien el de penalizar un incumplimiento y estimular el abono de lo debido, o bien el simple mantenimiento del valor de la deuda –la restitución integral–, independientemente de que exista o no incumplimiento. La primera modalidad de interés es el interés de demora, que requiere que el deudor se haya situado en posición de mora; una situación para la que tradicionalmente se exigía que la deuda estuviera vencida, líquida y fuera exigible y que, además, el deudor no pudiese oponer excepciones al pago. El ordenamiento se ha resistido siempre a imponer el interés de demora a la Administración en aplicación del principio tradicional *princeps in contractibus non debet usuras*. Muestra de tal resistencia es la forma tan diferente en que la Ley general presupuestaria trata los intereses a favor o en contra de la Administración (arts. 17 y 24) o en el trato que recibe la Administración en caso de mora procesal (art. 106 de la LJCA en relación con el art. 576 de la LECi), diferencia ésta que el Tribunal Constitucional ha criticado en alguna ocasión (Sentencia núm. 141/1997, de 15 de septiembre).

Pues bien, el sistema de actualización de la deuda en materia de responsabilidad patrimonial merece atención en la medida en que la situa-

ción se puede calificar por ahora como caótica. En efecto, la Ley 30/1992 es muy precisa al definir el momento al que debe referirse la valoración del daño y el régimen de actualización de la indemnización; y lo hace dejando de lado aunque sea parcialmente la institución tradicional de los intereses. El artículo 141 dispone lo siguiente:

“2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley general presupuestaria.”

Así pues, la Ley establece un régimen de actualización relativamente neutro como el índice de precios al consumo, sistema que se aplica hasta el momento en que se pone fin al procedimiento administrativo. En el caso harto frecuente de silencio por parte de la Administración, el procedimiento continúa indefinidamente abierto a la espera de que la Administración cumpla el deber jurídico de adoptar una resolución expresa. En tal caso hay que entender que el procedimiento finaliza en el momento en que el afectado así lo entiende e interpone el recurso jurisdiccional, cerrando de esa manera la vía administrativa.

A partir de la resolución expresa de la Administración, o en su caso a partir de la interposición del recurso jurisdiccional, el artículo 141.3 no prevé ningún sistema de actualización de la deuda, de forma que se produce un vacío hasta que entra en juego el interés de demora previsto en la Ley general presupuestaria; esto es, hasta que el afectado reclame los intereses una vez pasado el período de tres meses desde la notificación de la resolución judicial o administrativa que reconoce la deuda (art. 24 de la Ley 47/2003). Por lo tanto, el sistema establecido en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992 se fundamenta en la indemnidad del perjudicado pero sólo hasta la resolución administrativa. A partir de este momento se cambia a la lógica de la mora, situación perjudicial para el particular a conse-

cuencia de los privilegios de la Administración en este punto. En efecto, a partir de la resolución administrativa se inicia un lapso de tiempo, que es el que se corresponde con la tramitación del proceso jurisdiccional en las diversas instancias –que puede ser un período muy considerable–, tiempo que no cuenta a los efectos de la actualización de la deuda. Una situación que efectivamente cuestiona el principio de indemnidad del afectado. Sin embargo, éste es indudablemente el régimen establecido en la Ley, un planteamiento que no debería ser obviado sin más.

Pues bien, la respuesta de la jurisprudencia es muy dispersa. Para empezar, se reconoce la diversidad y la intercambiabilidad de las técnicas de actualización, que sustancialmente son tres: la aplicación del interés legal, la actualización a partir de cualquier índice o cláusula de estabilización o bien la fijación de la indemnización aplicada en el mismo momento de la Sentencia (Tribunal Supremo, Sentencia de casación en interés de ley de 3 de diciembre de 2002). A partir de estas tres técnicas básicas, las soluciones aplicadas son muy variadas:

–En algunos casos se ha entrado en la lógica de la Ley general presupuestaria, aunque haciendo retroactivo el interés devengado a los tres meses iniciales de la demora (STS, Sala de revisión, Sentencias de 9 de noviembre de 1989 y de 11 de mayo de 1999).

–Hay sentencias que calculan el daño por referencia al momento en que éste se produjo, con actualización según el índice de precios al consumo hasta el momento de la sentencia y eventual demora judicial después de la sentencia (STS de 3 de noviembre de 2006).

–Otras sentencias que definen la indemnización por referencia al momento de dictar la sentencia (STS de casación en interés de Ley de 3 de diciembre de 2002).

–En otros casos, se aplica el interés legal desde la reclamación en vía administrativa hasta la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de los intereses judiciales desde la propia sentencia de instancia (SSTS de 14 de octubre de 2004 y de 19 de diciembre de 2006).

–El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sección quinta de la Sala de lo contencioso administrativo, suscribe el criterio de reconocer los intereses legales desde la reclamación en vía administrativa hasta el pago (Sentencia núm. 166/2007, de 2 de marzo) o bien, en caso de lesiones personales, la aplicación del baremo de compensación vigente en el mo-

mento de la sentencia. En el mismo sentido, la STS de 9 de noviembre de 2005.

–Finalmente, hay sentencias que fijan la indemnización referida al momento del daño, con actualización según el índice del INE hasta el momento de la sentencia definitiva y posteriores intereses por demora judicial (STS de 31 de enero de 2006).

Ninguna de estas líneas jurisprudenciales aplica el artículo 141.3 de la Ley general presupuestaria. Como se ha visto, la Ley establece claramente la fijación inicial de la indemnización en el momento de producción del daño, la actualización según el índice de precios del consumo hasta la fecha de la resolución administrativa y posteriormente la aplicación de los intereses de la Ley general presupuestaria, esto es, a partir de los tres meses contados desde la resolución administrativa o jurisdiccional que establece la deuda. Un planteamiento que, si se quiere, puede completarse en los períodos en que la deuda no se actualiza –durante la tramitación judicial– suplementando el régimen de la Ley 30/1992 con el Código Civil; esto es, aplicando a ese período los intereses genéricamente establecidos en el artículo 1.108 del CC. Una solución de integración legislativa que se puede fundamentar no sólo en el principio de indemnidad o de restitución integral, sino también a partir del principio de interdicción del enriquecimiento injusto, ya que de enriquecimiento injusto hay que calificar la disminución que experimenta el valor de la indemnización a causa del paso del tiempo si no se actualiza dicho valor.

Barcelona, años 2006 y 2007, revisado en 2009.