

No cabe duda de que en poco tiempo la responsabilidad patrimonial ha adquirido una trascendencia inusitada. Las reclamaciones se han multiplicado en los últimos años y el importe de recursos locales destinados a indemnizar daños de unos y otros ha alcanzado un volumen notable. En los trabajos que reúne esta publicación se pone de relieve que un sistema de responsabilidad que opere como una suerte de seguro universal de los ciudadanos frente a los riesgos vitales, no es ni adecuado ni sostenible. Por consiguiente, el sentido de los trabajos que se incluyen, es el de replantear las bases dogmáticas de la responsabilidad patrimonial. No se trata de reducir la responsabilidad pública hasta el punto de dejar desprotegido al ciudadano frente a un daño injusto, ni siquiera de situar la responsabilidad patrimonial de las administraciones en el nivel de la responsabilidad común de los ciudadanos, esto es, la responsabilidad por culpa. Se trata simplemente de analizar el fenómeno y proponer un sistema que sea, a la vez, justo para los afectados y sostenible para las administraciones.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Coordinado por JOAQUÍN ORTIZ BLASCO y PETRA MAHILLO GARCÍA

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

CRISIS Y PROPUESTAS PARA EL SIGLO XXI

Coordinado por JOAQUÍN ORTIZ BLASCO y PETRA MAHILLO GARCÍA

DIMITRY BERBEROFF AYUDA
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
SUSANA MARTÍNEZ NOVELLA

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN
DE URRÍES
ORIOI MIR PUIGPELAT
EDUARDO PARICIO RALLO



Sumario

Antoni Fogué	17	Presentación.
--------------	----	----------------------

	21	Conclusiones.
--	----	----------------------

	23	1. El estado de la cuestión.
	24	2. Planteamiento General.
	25	3. Propuesta de un modelo. El principio de la falta de servicio como núcleo de la institución.
	26	4. El deber jurídico de soportar.
	27	5. La relación de causalidad.
	28	6. El daño indemnizable y su cuantía.
	29	7. Supuestos específicos.
	31	8. Otros.

Oriol Mir Puigpelat	33	1. Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración.
---------------------	----	--

	33	1.1. Introducción.
	34	1.2. Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación.
	35	1.3. Requisitos materiales.
	35	1.3.1. El funcionamiento anormal como título general de imputación.
	37	1.3.2. Supuestos típicos y acotados admisibles de responsabilidad por el funcionamiento normal.

38	1.3.3. Fijación de estándares normativos de diligencia.
40	1.3.4. Inversión general de la carga de la prueba de la anormalidad.
42	1.3.5. Daño antijurídico.
44	1.3.6. Riesgos del desarrollo.
45	1.3.7. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad.
47	1.3.8. Fuerza mayor.
48	1.3.9. Culpa de la víctima.
49	1.3.10. Intervención de terceros y responsabilidad concurrente de distintas Administraciones Públicas.
51	1.3.11. Daños indemnizables.
53	1.3.12. Conductas imputables a la Administración. Responsabilidad de contratistas, de entes instrumentales de naturaleza jurídico-privada y de sujetos privados que ejercen funciones públicas.
56	1.4. Indemnización.
58	1.5. Acción de responsabilidad y seguro.

Dimitry Berberoff Ayuda

61	2. ¿Una responsabilidad de la administración objetiva?: Perspectivas de derecho comparado y comunitaria.
----	---

61	2.1. Planteamiento.
64	2.2. La objetivización de todo el sistema de responsabilidad vs. la noción objetiva de la culpa: el caso de España.
72	2.3. Una aproximación al derecho comparado.
74	–Alemania.
76	–Francia.
80	–Italia.
83	–Reino Unido.
86	2.4. La perspectiva comunitaria.
87	A) Responsabilidad extracontractual de la Comunidad: artículo 288 TCE.

	88	B) Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.
	89	C) ¿Se reconoce en derecho comunitario una responsabilidad objetiva, que admita la reparación por hechos lícitos?
	96	2.5. Coda: la excepcionalidad de una responsabilidad objetiva global.
<hr/>		
Germán Fernández Farreres	99	3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño.
<hr/>		
	99	3.1. Un recordatorio previo: la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas como un sistema de responsabilidad objetiva global.
	101	3.2. Críticas al sistema y propuestas de reforma.
	105	3.3. Valoración de las críticas y propuestas de reforma ante la realidad práctica del sistema de responsabilidad objetiva global.
	114	3.4. Posibles criterios para un reajuste de la actual configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas.
	114	A) El deslinde entre responsabilidad patrimonial y otros supuestos de lesión reconducibles a otros regímenes (expropiación, daños cuasiexpropiatorios y limitación de derechos subjetivos).
	117	B) Sobre el ámbito de aplicación subjetiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
	121	C) Supuestos reconducibles a los títulos de imputación (funcionamiento normal o anormal). En especial, la responsabilidad por omisión.
	127	3.5. Recapitulación y algunas propuestas.
<hr/>		
Santiago Milans del Bosch y Jordán de Urrés	131	4. Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial.
<hr/>		
	131	4.1. Introducción. Objeto de la exposición.
	135	4.2. La redefinición del sistema de responsabilidad patrimonial.

	140	4.3. En particular: la relación de la causalidad.
	148	4.4. El nexo causal en la responsabilidad por omisión.
<hr/>		
Eduardo Paricio Rallo	153	5. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la responsabilidad de las Administraciones Locales por daños sufridos en la vía pública.
<hr/>		
	153	5.1. Planteamiento.
	153	5.1.1. La eclosión de la responsabilidad patrimonial.
	156	5.1.2. La crisis de la responsabilidad patrimonial.
	160	5.2. El deber jurídico de soportar.
	161	5.2.1. El título de imputación del deber de soportar.
	162	5.2.2. La posibilidad de establecer el deber de soportar mediante normativa local.
	164	5.3. La relación de causalidad.
	165	5.3.1. Alcance del concepto de servicio público. Los estándares de servicio.
	169	5.3.2. Causa adecuada y causa eficiente.
	170	5.3.3. Intervención del afectado o de tercero en la producción del daño.
	172	5.3.4. El nexo causal respecto de las situaciones de omisión administrativa o <i>culpa in vigilando</i> .
	173	5.4. Conclusión parcial.
	174	5.5. La responsabilidad del contratista.
	179	5.6. Otros supuestos de responsabilidad concurrente.
	182	5.7. Responsabilidad en relaciones de sujeción especial.
	185	5.8. La posición de las compañías de seguros.
	185	5.8.1. La unidad de jurisdicción.
	186	5.8.2. La posición jurídica de la aseguradora.
	188	5.8.3. Los intereses especiales del artículo 20 de la LCS.

	188	5.9. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad.
	188	5.9.1. El principio de la <i>actio nata</i> .
	189	5.9.2. Interrupción del plazo.
	190	5.9.3. El supuesto de los daños continuados.
	191	5.10. Cuantificación del daño.
	191	5.10.1. Expectativas de derecho y lucro cesante.
	193	5.10.2. El daño moral.
	194	5.10.3. Compatibilidad de la responsabilidad patrimonial con otras prestaciones.
	195	5.11. Intereses y actualización.
<hr/>		
Susana Martínez Novella	199	6. La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales.
<hr/>		
	199	Introducción.
	200	6.1. Sistema de responsabilidad de la Ley 30/1992.
	202	6.2. Modificaciones del sistema introducidas por la Ley 4/1999.
	205	6.3. Responsabilidad civil y penal.
	205	6.3.1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada del delito.
	206	6.3.2. Responsabilidad civil derivada de delito <i>versus</i> responsabilidad civil. ¿Una única institución o dos instituciones distintas?
	208	6.3.3. Traslado de las conclusiones alcanzadas al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.
	211	6.3.4. El debate acerca del mantenimiento del modelo que, como el español, posibilita la acumulación de acciones (civil y penal).
	211	6.3.4.1. Los inconvenientes del sistema.
	213	6.3.4.2. Las ventajas del sistema.
	214	6.4. La responsabilidad civil subsidiaria en el Código Penal.

216	6.5. La responsabilidad civil subsidiaria en el supuesto que recoge el artículo 121 del Código Penal.
218	6.5.1. Análisis del precepto (art. 121 CP).
221	6.5.2. Trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación de la norma.
224	6.5.3. Examen de la jurisprudencia dictada al amparo del artículo 121 del CP.
228	6.5.4. El criterio que sostenemos en relación a la interpretación del artículo 121 del CP.
231	6.6. El conflicto de jurisdicción como mecanismo de reacción de las Administraciones Públicas ante los “procesamientos” de los Tribunales penales en los juicios de faltas.
233	Anexo y trabajos parlamentarios en torno al proceso de elaboración y aprobación del artículo 121 del Código Penal.
233	1. Congreso de los Diputados.
237	2. Senado.

Anexo 1
Rafael Fernández Montalvo

245	Responsabilidad de las Administraciones Públicas: criterios jurisprudenciales.
247	1. Significado y trascendencia de la responsabilidad de las Administraciones Públicas.
248	2. Evolución del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.
249	2.1. Derecho comparado.
251	2.2. Derecho español.
255	3. Legislación vigente. Caracteres del actual sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
255	3.1. Normas reguladoras.
256	3.2. Características del sistema.
262	4. Lesión resarcible.
263	A) Daños físicos.

264	B) Daño moral.
266	C) Daño emergente y lucro cesante.
276	D) Prueba del daño.
277	E) Daño individualizado y económicamente evaluable.
277	5. La imputación y sus criterios.
277	5.1. Concepción amplia del servicio público.
281	5.2. Inactividad de la Administración.
289	6. Especial consideración de concesionarios y contratistas.
302	7. La relación de causalidad.
309	8. Criterios de reparación. La reparación integral.
313	9. La acción de responsabilidad. Jurisdicción competente para la exigencia de la responsabilidad patrimonial.
313	9.1. Vía administrativa y recurso contencioso-administrativo.
315	9.2. Unidad de fuero.
318	9.3. Responsabilidad subsidiaria en los delitos dolosos y culposos de autoridades y funcionarios. Acción de regreso.
319	10. Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actuaciones policiales.
321	11. Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público.
324	12. Responsabilidad del Estado legislador.
325	12.1. Ámbito interno.
328	12.2. Derecho comunitario europeo.
349	13. Responsabilidad del Estado Juez.
<hr/>	
Anexo 2	353 Responsabilidad Patrimonial - Jurisprudencia seleccionada.
Eduardo Paricio Rallo	
<hr/>	
355	1. Planteamiento General. La responsabilidad objetiva llevada a sus límites.

- 357 2. Exclusiones.
 - 357 –Responsabilidad a favor de Administraciones Públicas.
 - 357 –En supuestos de sujeción especial.
- 359 3. Requisitos en general.
- 362 4. El daño.
 - 362 –Expectativas de derecho.
 - 365 –Lucro cesante.
 - 369 –Daño moral.
- 373 5. Antijuridicidad.
 - 373 –Títulos de imputación al ciudadano del deber jurídico de soportar.
 - 384 –Deber jurídico de soportar. Riesgos socialmente admitidos.
 - 385 –Deber general de diligencia del ciudadano.
- 385 6. Nexo Causal.
 - 385 –Concepto genérico de servicio público.
 - 386 –Responsabilidad por riesgo.
 - 387 –Responsabilidad derivada de la socialización del riesgo.
 - 388 –Responsabilidad por daño desproporcionado. *Res ipsa loquitur*.
 - 388 –Responsabilidad por omisión de la Administración. *Culpa in vigilando*.
 - 390 –Estándares del servicio.
 - 392 –Equivalencia de causas.
 - 393 –Causa eficiente.
 - 396 –La intervención de la víctima. Líneas jurisprudenciales.
 - 402 –Intervención de terceros. Los vertidos de aceite y otros en la vía pública.
 - 407 –Diligencia exigible.
 - 407 –Fuerza mayor.
 - 408 –Límite al providencialismo.
 - 410 –Carga de la prueba.

- 414 7. Responsabilidad del contratista.
- 414 –Responsabilidad por actos del contratista. Falta de determinación inicial de responsable.
- 423 8. Otros supuestos de responsabilidad concurrente.
- 423 –Doctrina civil sobre la solidaridad en la responsabilidad extracontractual.
- 423 –Responsabilidad solidaria limitada a los casos en que no es posible individualizar.
- 425 –Suficiencia del recurso contra uno de los responsables en caso de responsabilidad solidaria.
- 426 –La posición de las compañías de seguros.
- 427 –Intereses especiales del artículo 20 de la Ley 50/1980. Requisitos.
- 430 9. Plazo para ejercer la acción de responsabilidad.
- 430 –El principio de la *actio nata*.
- 435 –Ejercicio prematuro de la acción.
- 436 –Interrupción del plazo.
- 437 –El supuesto de daños continuados.
- 439 10. Intereses y actualización.
- 439 –Pluralidad de sistemas de actualización.
- 440 –Pluralidad de modelos de actualización.
- 445 –No aplicación del IVA a la liquidación de intereses.

1. Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración

Oriol Mir Puigpelat

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona*

1.1. Introducción

En diversos trabajos publicados en los últimos años he venido sosteniendo la conveniencia de abordar una reforma en profundidad del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración¹. Una reforma que despeje las numerosas incertidumbres que suscita una regulación legal que se remonta, en sus aspectos centrales, a 1954, y que recoja los frutos del intenso debate que ha tenido lugar en nuestro país desde mediados de los años noventa. Una reforma que confiera la debida seguridad jurídica a esta institución central de todo Estado de Derecho y que propicie que los jueces ya no se encuentren “totalmente perdidos”, según la ilustrativa –y preocupante– confesión de una magistrada de un destacado Tribunal Superior de Justicia.

¹ Sobre todo en *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002, *passim*; “El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica”, en Marín González, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México D.F., Porrúa, 2004, pp. 1 ss.; “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, octubre-diciembre de 2008, pp. 629 ss. A ellos me remito. Recientemente han reclamado también una reforma legislativa de la materia, entre otros, Rebollo Puig, Manuel, «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en Sáinz Moreno, Fernando (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, 2004, p. 216 s.; López Menudo, Francisco, «Prólogo», en López Menudo, Francisco; Guichot Reina, Emilio; Carrillo Donaire, Juan Antonio, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 24 s.

En las páginas que siguen enunciaré los puntos centrales que, a mi juicio, debería abordar dicha reforma, y formularé algunas propuestas, necesariamente concisas. El enfoque adoptado y el espacio disponible obligarán a restringir las consideraciones dogmáticas y el aparato bibliográfico.

1.2. **Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación**

Desde el punto de vista subjetivo, la regulación fundamental vigente de la institución, contenida en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), resulta de aplicación a todas las Administraciones Públicas españolas, definidas formalmente sobre la base del criterio tradicional de su forma de personificación –jurídico-pública– (art. 2 LRJPAC). El ámbito objetivo de aplicación de tales preceptos es igualmente uniforme: después de la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ya no hay duda de que tanto la actividad jurídico-pública como jurídico-privada de tales Administraciones se rige por las reglas de responsabilidad de aquella ley (art. 144 LRJPAC).

La LRJPAC nada dispone, sin embargo, sobre la relación que dichas reglas mantienen con otros *regímenes específicos de responsabilidad civil* previstos para determinadas actividades, y ello es fuente de conflictos normativos que no siempre son fáciles de resolver, sobre todo cuando tales regímenes provienen de normas comunitarias que resultan de aplicación indistinta a entes públicos y a sujetos privados². La seguridad jurídica aconseja que el legislador precise la articulación de las reglas generales sobre responsabilidad de la Administración y de aquellos regímenes específicos aplicables también a los particulares³.

² Es el caso, p. ej., de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, actualmente transpuesta por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

³ Tal articulación se puede contener en la LRJPAC o en la norma sectorial de que se trate. Esta última ha sido la opción elegida por el legislador al transponer la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (LRM): de sus artículos 2.10, 2.11 y 15.1

La LRJPAC también omite toda referencia a los daños que puedan ocasionar *sujetos estrechamente vinculados* a las Administraciones Públicas y a su actividad, como son sus entes instrumentales dotados de personalidad jurídico-privada –sobre todo, sociedades mercantiles y fundaciones–, sus contratistas y los sujetos privados que ejercen funciones públicas. Esta estrecha conexión “administrativiza” de algún modo, a los ojos de las víctimas, los daños que tales sujetos puedan causar, y justifica que el legislador disipe las dudas sobre el régimen material y procesal de responsabilidad a que quedan sometidos. Cualquier solución por la que se decante el legislador será mejor que la falta de regulación expresa actual⁴. Más adelante se volverá sobre esta cuestión⁵.

En cuanto a las potenciales víctimas, la reforma debería asimismo aclarar si las normas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración resultan o no aplicables a los *daños sufridos por otras Administraciones* y por los *empleados públicos* en el ejercicio de sus funciones⁶.

1.3. Requisitos materiales

1.3.1. El funcionamiento anormal como título general de imputación

El aspecto del sistema español de responsabilidad patrimonial más debatido en los últimos años ha sido el relativo a su alcance. En particular, si el sistema español acoge y debe acoger una amplísima responsabilidad objetiva global, insólita en el Derecho comparado, que obligue a indemnizar en todos los ámbitos de actuación de la Administración con independencia de si dicha actuación ha sido correcta (“funcionamiento normal”) o no

se infiere cuándo se aplicarán las reglas generales de la LRJPAC y cuándo las reglas específicas de dicha ley en los casos en que una Administración esté implicada en la producción de un daño medioambiental.

⁴ Normas distintas de la LRJPAC tampoco resuelven la cuestión de forma satisfactoria. La nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), ha desaprovechado la oportunidad de despejar las muchas dudas suscitadas en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por los contratistas públicos al reproducir literalmente, en su artículo 198, lo dispuesto por el polémico artículo 97 de su predecesora.

⁵ *Vid. infra* 3.12.

⁶ Propone una regulación específica y diferenciada para tales daños Rebollo Puig, Manuel, «Sobre la reforma...», *op. cit. (supra nota 1)*, p. 221.

(“funcionamiento anormal”). Tras el fructífero debate producido, puede afirmarse que existe un amplio consenso doctrinal en negar que una responsabilidad tan amplia sea deseable y en sostener que la Administración, como regla general, sólo debería indemnizar los daños derivados de su funcionamiento anormal, concebido éste como una culpa objetivada.

No obstante, el tenor literal de la cláusula general tradicional⁷, recogida ahora en el artículo 139.1 LRJPAC, al situar en el mismo nivel al funcionamiento normal y al anormal, sigue abonando *de lege lata* la interpretación expansiva del sistema vigente que imperó durante décadas en la doctrina y que sigue presente en la jurisprudencia. Esta última, en efecto, continúa afirmando de forma sistemática que la referida cláusula consagra un sistema de responsabilidad objetiva, en el que resulta indiferente que el daño derive de un funcionamiento normal o anormal, pese a que luego sean muy pocas las sentencias que lleven dicha premisa a sus últimas consecuencias y condenen a la Administración en supuestos en que su actuación fue irreprochable. Para tratar de conciliar aquella premisa teórica con este –razonable, pero flagrantemente contradictorio– resultado práctico, la jurisprudencia reinterpreta otros requisitos de la responsabilidad –el daño antijurídico, la causalidad, la cláusula de exoneración de los daños inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica– en una clave culpabilística que les es ajena, desnaturalizándolos. Esta disociación entre el régimen de responsabilidad que la jurisprudencia dice que aplica y el que aplica realmente, y la consiguiente difuminación de los perfiles de algunos de los requisitos básicos de la institución, no sólo resultan objetables desde una perspectiva dogmática, sino que –sobre todo– generan un elevado grado de inseguridad jurídica⁸.

Una reforma legislativa de la citada cláusula general que concediera al funcionamiento anormal el papel preeminente que le corresponde contribuiría poderosamente a solventar dicha situación.

⁷ Contendida ya en el artículo 121.1 de la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF).

⁸ En este sentido también Rebollo Puig, Manuel, «Sobre la reforma...», *op. cit.* (*supra* nota 1), p. 224 s.

1.3.2. Supuestos típicos y acotados admisibles de responsabilidad por el funcionamiento normal

Pero la reforma aquí reclamada no debería excederse e incurrir en el error de negar toda responsabilidad por el funcionamiento *normal* de la Administración. Al igual que los particulares y sus homólogas extranjeras, las Administraciones españolas deben responder en algunos casos por los daños derivados de su actuación regular. Debería tratarse, en todo caso, de supuestos *típicos y acotados*, en los que concurren circunstancias especiales que justifiquen el endurecimiento de la responsabilidad.

Una distinción básica debe efectuarse aquí entre los daños producto de *accidentes* y los daños que la doctrina denomina *cuasiexpropiatorios*⁹.

Los primeros, resultado incidental no deseado ni deseable de la actuación administrativa, constituyen el objeto natural de la institución de la responsabilidad patrimonial. Su sumisión a responsabilidad objetiva se ha fundado tradicionalmente en criterios como la creación de un *riesgo especial* o la obtención de un *beneficio económico*, presentes en actividades tales como, entre otras, la conducción de todo tipo de vehículos a motor, la explotación de instalaciones industriales, la tenencia de animales, el uso de armas de fuego o la fabricación de productos. Nada parece justificar que la Administración quede sometida a un régimen más laxo de responsabilidad cuando lleve a cabo dichas actividades. Como se ha visto antes¹⁰, el propio Derecho comunitario impone la responsabilidad objetiva también a la Administración en algunos de estos supuestos (productos defectuosos, daños medioambientales). La reforma podría enumerar los supuestos típicos de daños accidentales causados por la Administración, sujetos a responsabilidad objetiva, y remitir a las normas específicas que los regulan con detalle.

Los daños cuasiexpropiatorios, en cambio, se sitúan a medio camino entre la institución de la responsabilidad y la de la expropiación y obedecen a una lógica en parte distinta. Se trata de daños no ya incidentales, sino causados deliberadamente, al constituir un *medio necesario* para la

⁹ Pantaleón Prieto, Fernando, "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, enero-junio de 1994, pp. 247 ss.

¹⁰ *Vid. supra* 2.

satisfacción del interés general. Al igual que en la expropiación *stricto sensu*, el menoscabo patrimonial supone un *sacrificio especial* que el particular sufre en beneficio de la colectividad y que merece, por ello, ser compensado. Los ejemplos habituales son los de los daños causados por los bomberos en un inmueble para acceder a otro que se está incendiando o el del coche que es destruido por la policía al contener un artefacto explosivo colocado por alguien distinto de su propietario. Tales daños derivan de un funcionamiento normal¹¹ de la Administración, pero deben ser indemnizados. Tratándose de daños materialmente expropiatorios, nada impediría que las vías para su reparación se contuvieran en la legislación sobre expropiación forzosa. De no elegirse dicha opción legislativa, cabe seguir empleando el mecanismo indemnizatorio residual de la responsabilidad patrimonial.

La expropiación y los daños cuasiexpropiatorios deben distinguirse de los numerosos supuestos en que el legislador y la Administración *delimitan normativamente el contenido de los derechos* de los ciudadanos. La seguridad jurídica aconseja que las normas sectoriales que llevan a cabo dicha delimitación precisen si las restricciones de derechos que llevan aparejadas comportan o no algún tipo de indemnización. Cuando la excluyan válidamente, no deberá poder surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones realizadas en ejecución de tales normas.

1.3.3. Fijación de estándares normativos de diligencia

Erigido el funcionamiento anormal en el título general de imputación, la clave pasaría a residir en su delimitación respecto del funcionamiento normal. Somos muchos quienes creemos que el establecimiento de concretos *estándares normativos de diligencia* por parte del legislador y la Administración resulta de gran ayuda a este respecto y evita en buena medida los problemas que, desde el punto de vista de los principios democrático, de igualdad, de seguridad jurídica y de eficiencia, suscita la –inevitablemente oscilante y difícilmente previsible– fijación judicial del

¹¹ La circunstancia de que en estos casos exista intencionalidad impide calificar a la responsabilidad de objetiva, si se define ésta –como suele ser habitual– como aquella que surge aun en ausencia de dolo o culpa.

nivel de diligencia exigible a las Administraciones Públicas¹². Su utilidad es especialmente importante en relación con la responsabilidad por omisión.

Estándares escritos de diligencia administrativa existen ya en multitud de normas legales y reglamentarias, circulares internas, cartas de servicios, protocolos de actuación, pliegos de cláusulas contractuales, etc. Pero su expresa consideración en la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial potenciaría su proliferación más sistemática. La elaboración y actualización periódica de tales estándares corresponde al legislador y la Administración competente en la materia de que se trate, por lo que, de remitir a ellos, el sistema de responsabilidad adquiriría un positivo *acento autonómico y local*, coherente con la distribución del poder efectuada por la Constitución. Su naturaleza sectorial también permitiría que el sistema de responsabilidad fuera menos uniforme y se adaptara mejor a las necesidades de los distintos ámbitos de actuación administrativa. Aunque puedan ser útiles aun poseyendo mero carácter orientativo –para la Administración y los tribunales–, parece que se satisfacen mejor los principios antes aludidos si se reviste a los estándares de fuerza vinculante y –dada su incidencia sobre los ciudadanos– se garantiza su publicidad e impugnabilidad.

La remisión a los estándares normativos de diligencia debería combinarse con la previsión de una cláusula general de diligencia que confiriera la debida flexibilidad al sistema y permitiera a los jueces –en consideración de las circunstancias fácticas de cada caso– determinar la anormalidad de la actuación administrativa cuando aquellos estándares no existieran, hubieran quedado obsoletos o fueran manifiestamente insuficientes. En el caso de que la reforma optara por otorgar fuerza vinculante a los estándares y negara el surgimiento de la responsabilidad cuando la Administración se ajustara a ellos, los tribunales podrían cuestionarlos cuando fueran materialmente ilegales o inconstitucionales –al situarse por debajo del estándar establecido por el legislador o ser insuficientes para conferir la debida tutela a derechos constitucionales como la vida, la integridad

¹² Vid. por todos Martín Rebollo, Luis, de nuevo en *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 46 ss. Me he ocupado con detenimiento del tema en mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit. (supra nota 1), pp. 256 ss.

física o la propiedad— o cuando la norma —reglamentaria— que los contuviera incurriera en un vicio de procedimiento o incompetencia. Este control jurisdiccional podría ejercerse a través de la impugnación directa de las normas que los fijaran o, de forma indirecta, cuando se planteara su aplicación en el marco de un proceso sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

1.3.4. Inversión general de la carga de la prueba de la anormalidad

La reforma aquí sugerida podría también *invertir la carga de la prueba del mal funcionamiento* de la Administración en todos aquellos supuestos —la mayoría, según se ha propuesto— en que se exija la anormalidad de la actuación administrativa para que surja su responsabilidad. De esta forma, una vez acreditados por la víctima el daño antijurídico sufrido y su conexión con la actuación o inactividad de la Administración a la que se reclama su resarcimiento, correspondería a dicha Administración probar que sus servicios actuaron con la diligencia exigible en el ámbito de que se trate.

Defendida por numerosos autores¹³, dicha inversión probatoria se justifica por el *mayor coste* que la prueba de la anormalidad tiene para la víctima que para la Administración y por su coherencia con la *función de control* propia de la institución de la responsabilidad patrimonial y con la necesaria tramitación de un *procedimiento administrativo* para la obtención de indemnización. En efecto, la prueba de la anormalidad requiere a menudo un elevado grado de información fáctica y de conocimientos técnicos difíciles de obtener por la víctima, pero asequibles para una organización especializada como la Administración, que tiene mucho más fácil acceso al modo en que ha actuado su compleja estructura. Ello resulta evidente en ámbitos como el sanitario. Por otro lado, el privilegio de tramitar y resolver unilateralmente un procedimiento administrativo previo

¹³ Entre otros, por Desdentado Daroca, Eva, “Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Económico del Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 108, octubre-diciembre de 2000, pp. 551 y 562-563; López Menudo, Francisco, “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, octubre-diciembre de 1999, p. 44.

de responsabilidad sólo parece justificado si la Administración adopta en él un rol activo y lo instruye con la finalidad de averiguar lo sucedido y detectar los posibles errores cometidos; dotados el procedimiento y la propia institución de la responsabilidad de esta función de control, no parece admisible que la Administración asuma una posición pasiva, limitándose a recibir las pruebas presentadas por la víctima. La inversión de la carga de la prueba de la anormalidad no sólo operaría en sede judicial, sino que obligaría a la Administración a tramitar aquel procedimiento con mayor rigor. El Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos equivalentes, al intervenir de forma preceptiva en dicho procedimiento, podrían velar eficazmente –gracias a su independencia– por el cumplimiento adecuado de la carga de probar el buen funcionamiento administrativo.

Semejante inversión probatoria también incentivaría la elaboración y publicación de los *estándares normativos de diligencia* antes reclamados¹⁴, así como una correcta *documentación* de la actuación desarrollada por la Administración en sus distintos sectores de intervención.

La inversión de la carga de la prueba de la culpa era la regla general en la propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (art. 1.2)¹⁵, que hubiera sido también aplicable a los servicios prestados por las Administraciones Públicas, así como en la Ley federal alemana de responsabilidad de la Administración de 26 de junio de 1981 (*Staatshaftungsgesetz –StHG–*, § 2.1)¹⁶. Y es también la regla general, en nuestro país, en materia de responsabilidad civil de los empresarios por los daños que los servicios que presten puedan ocasionar a consumidores y usuarios (art. 147 TRLGDCU).

¹⁴ Tales estándares facilitarían la prueba del buen funcionamiento administrativo y, de ser conocidos por las víctimas, comportarían una disminución de las reclamaciones infundadas.

¹⁵ Presentada por la Comisión Europea el 9 de noviembre de 1990 y retirada en 1994 por falta de consenso.

¹⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de octubre de 1982 declaró la inconstitucionalidad de esta ley por razones competenciales. Pese a ello, sigue constituyendo un referente interesante en la materia, como se podrá comprobar en las páginas sucesivas.

1.3.5. Daño antijurídico

Una reforma legislativa como la sugerida, que estableciera abiertamente la preeminencia del funcionamiento anormal como título general de imputación, permitiría mantener el sistema de responsabilidad patrimonial dentro de límites razonables sin tener que desvirtuar otros requisitos de dicha institución. Entre estos otros requisitos se encuentra, señaladamente, el del *daño antijurídico*, que ha perdido los rasgos que lo definían al ser empleado por la jurisprudencia para introducir de forma velada el requisito de la culpa. Dicha desnaturalización se produce, a mi juicio, en las abundantes sentencias que niegan la antijuridicidad del daño, p. e.j., cuando la Administración no ha “rebasado los estándares de seguridad impuestos por la conciencia social”, cuando –en materia sanitaria– ha respetado la *lex artis* o cuando dicta un acto administrativo ilegal tras una valoración de los hechos y el Derecho “razonada y razonable”. A mi modo de ver, en estos y otros supuestos similares debe proceder la exoneración, pero no porque el daño no sea antijurídico¹⁷, sino porque no ha derivado de un funcionamiento anormal de la Administración, porque la Administración ha actuado de forma diligente.

Convendría, por ello, que la reforma precisara el significado de este requisito, tan indeterminado en la redacción que recibe actualmente en el artículo 141.1 LRJPAC. Su correcto sentido originario se recuperaría seguramente con mayor claridad si se formulara en términos negativos, como cláusula de exoneración de aquellos daños que se encuentren *justificados* por el ordenamiento. Entre ellos se encuentran todos aquellos *daños inherentes al ejercicio ajustado a Derecho de las potestades administrativas*, daños que la Administración está legitimada e incluso obligada a ocasionar como garante del interés general, y que los afectados tienen el deber jurídico de soportar sin derecho a obtener indemnización alguna. La obligación de soportar el daño sin indemnización se desprende en estos casos de forma indubitada de la norma atributiva de la potestad administrativa; la falta de ejercicio de la potestad y de la consiguiente causación del daño que lleva aparejado puede incluso llegar a desencadenar la responsabili-

¹⁷ De ninguna norma se infiere que las víctimas deban soportar tales daños sin indemnización. Véase lo que a continuación se dirá sobre el concepto de daño antijurídico aquí presupuesto.

dad por omisión de la Administración. Daños justificados de este tipo serían así, p. ej., los inherentes a la imposición de una sanción administrativa, a la liquidación de un tributo, a la emanación de una orden (de derribo de un edificio, de cierre de un establecimiento, de detención de un sospechoso, de retirada de un producto, etc.), a la denegación de una autorización, al ejercicio de una inspección, a la información a los consumidores sobre los riesgos de un producto, a la declaración de desamparo de un menor.

Naturalmente, tales daños se encuentran justificados únicamente en la medida en que resulten de un ejercicio ajustado a Derecho de la potestad administrativa. De ejercerse de forma antijurídica, ya no operará la cláusula exoneratoria, y el surgimiento o no de responsabilidad patrimonial dependerá de si cabe apreciar funcionamiento anormal en el proceder de la Administración. No lo habrá, en mi opinión, cuando la Administración consiga demostrar –la carga de la prueba de la anormalidad debería incumbirle a ella, como se ha visto– que la valoración de los hechos y la interpretación del Derecho efectuada al ejercer la potestad ha sido diligente (“razonable”, en la expresión del Tribunal Supremo). La circunstancia, p. ej., de que el acto administrativo anulado fuera declarado ajustado a Derecho en primera instancia o en supuestos anteriores similares supondrá un indicio importante de dicha diligencia. La complejidad fáctica del caso o la indeterminación de la norma aplicable son factores relevantes a considerar en este contexto¹⁸. La devolución que en todo caso –haya o no funcionamiento anormal en el sentido aquí mantenido– debe producirse, p. ej., de la sanción o del tributo ilegalmente exigidos no obedece al surgimiento de responsabilidad patrimonial, sino a la existencia de *enriquecimiento injusto* de la Administración. La distinta naturaleza de una y otra institución es admitida en la actualidad por buena parte de la doctrina¹⁹.

Aunque la exoneración de responsabilidad en este tipo de casos de daños justificados pueda parecer obvia, la circunstancia de que en ellos

¹⁸ Vid. al respecto mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, op. cit. (supra nota 1), pp. 312 ss., con ulteriores referencias. Difiere de este planteamiento Medina, quien defiende la responsabilidad (objetiva) de la Administración por la mera ilegalidad de los actos administrativos (Medina Alcoz, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, pp. 253 ss.). Sería conveniente que el legislador optara con claridad por uno u otro enfoque.

¹⁹ Por todos, Rebollo Puig, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

exista intencionalidad –la Administración ejerce la potestad a sabiendas de que irrogará daños considerables a los particulares afectados– aconseja introducir dicha cláusula.

1.3.6. Riesgos del desarrollo

En cambio, en el marco de la reforma aquí sugerida no parece ya necesario incluir con carácter general la cláusula de exoneración de los *riesgos del desarrollo*. Como es sabido, dicha cláusula fue introducida por la Ley 4/1999 en el segundo inciso del artículo 141.1 LRJPAC para evitar que se repitieran las condenas a la Administración por daños inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica como fueron, señaladamente, los contagios transfusionales de los virus del SIDA y de la hepatitis C producidos en centros sanitarios públicos con anterioridad a que se descubrieran sus vías de transmisión. Dicha cláusula no parece necesaria en la reforma propuesta porque la exigencia genérica de que el funcionamiento sea anormal excluiría ya la responsabilidad de la Administración en estos casos: por definición, al tomar como referencia las medidas de seguridad adoptadas (el grado de diligencia empleado), el funcionamiento anormal presupone que el daño ha de ser evitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica para que merezca ser indemnizado; de no ser evitable según dicho estado de conocimientos, no habrá habido ninguna medida de seguridad disponible, cuya falta de adopción desencadene la responsabilidad de la Administración. Prueba de ello es el hecho de que dicha cláusula de exoneración sólo se incluya en normas que establecen una responsabilidad de tipo objetivo (como, de nuevo, la regulación de los productos defectuosos²⁰ o de los daños medioambientales²¹), y no ya en regímenes de responsabilidad por culpa, donde no añade nada.

No necesaria de forma general, esta cláusula exoneratoria sólo tendría sentido en relación con los supuestos típicos y acotados de responsabilidad objetiva de la Administración que se admitieran²². El legislador debería ponderar si es necesaria en todos ellos, o si en algunos casos la

²⁰ Artículo 140.1.e) TRLGDCU.

²¹ Artículo 14.2.b) en relación con el artículo 3.1 LRM.

²² *Vid. supra* 3.2.

Administración, al igual que los particulares, debe indemnizar también los riesgos del desarrollo²³. También sería oportuno que el legislador especificara quién y cómo se determina el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en cada momento existente.

1.3.7. Relación de causalidad y pérdida de oportunidad

La interpretación jurisprudencial del requisito de la relación de causalidad también presenta unos perfiles borrosos. Mientras algunas sentencias abogan por una concepción *fáctica*, naturalística, de la causalidad, cuando manejan la teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non* que esta lleva aparejada, otras –la mayoría– asumen una concepción *normativa*, mucho más restrictiva que aquella, para justificar la denegación de indemnización (teorías de la causalidad adecuada, de la causa eficiente y de la causa directa). A menudo, como se ha dicho, se niega la causalidad cuando lo que realmente falta es la anormalidad de la actuación administrativa. Una reforma legislativa como la aquí propuesta, que erigiera expresamente al funcionamiento anormal en el título de imputación general, haría innecesarios tales artificios y facilitaría un tratamiento jurisprudencial de la causalidad más sólido, coherente y previsible. La jurisdicción contencioso-administrativa podría entonces seguir el ejemplo de los órdenes civil y penal y adoptar la teoría de la *imputación objetiva*, que permite separar claramente los aspectos fácticos de los puramente normativos, valorativos, e integrar en un esquema unitario la causalidad, la anormalidad y otros requisitos de la responsabilidad patrimonial²⁴.

De entre los distintos problemas específicos que se suscitan en materia de causalidad quizá el más relevante sea, en la actualidad, el relativo a la resarcibilidad de la *pérdida de oportunidad*. Como es sabido, la teoría –o teorías– de la pérdida de oportunidad trata de corregir la insatisfacción

²³ Como es sabido, esta cláusula exoneratoria no puede ser invocada por el productor de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano que resulten defectuosos (art. 140.3 TRLGDCU).

²⁴ He aplicado dicha teoría a la responsabilidad patrimonial de la Administración en mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 49 ss. y 217 ss. *Vid.* también mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, *op. cit.* (*supra* nota 1), pp. 280 ss.

producida por el resultado denegatorio de la responsabilidad a que aboca el estándar tradicional de prueba de la causalidad en determinados casos de incertidumbre causal, en que no puede afirmarse ni negarse con certeza que la acción u omisión²⁵ de un sujeto ha ocasionado el daño sufrido por la víctima, pero sí acreditarse que le ha privado de una oportunidad real y sería de evitarlo²⁶. La solución ofrecida por dicha teoría pasa por estimar la responsabilidad, aunque concediendo una indemnización inferior al daño experimentado, proporcional al grado de probabilidades de que éste se hubiera evitado.

La teoría de la pérdida de oportunidad goza de un amplio predicamento en numerosos países y ha entrado con fuerza en España, donde cuenta con un respaldo doctrinal y una aplicación jurisprudencial crecientes. Además de ampliar el radio de los daños indemnizables, en beneficio de las potenciales víctimas, tiene la virtud de incentivar a la Administración a actuar de forma diligente también en casos de incertidumbre sobre la eficacia que el funcionamiento correcto de sus servicios puede tener para evitar daños²⁷.

Pero también tiene importantes riesgos. Entre otros, que se aplique de forma abusiva y se emplee para eludir una prueba rigurosa del nexo causal. Ello puede beneficiar indebidamente a las víctimas –cuando sirva para concederles alguna indemnización en supuestos en los que, de haberse practicado la prueba, se habría acreditado que una correcta actuación de la Administración no hubiese evitado el daño–, pero también perjudicarlas –cuando comporte la reducción de la cuantía indemnizatoria en casos

²⁵ Como he tenido ocasión de señalar en mis trabajos citados, siguiendo lo sostenido por la generalidad de la doctrina penalista, en los casos de omisión la relación de causalidad –entre la acción omitida y el daño sufrido– es puramente hipotética, puesto que una omisión no puede ser nunca causa física de un resultado.

²⁶ Vid. al respecto Medina Alcoz, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007; Gascón Abellán, Marina, “La prueba del nexo causal en la responsabilidad patrimonial sanitaria”, en Jiménez, Salvador; Martínez, Víctor M.; Belda, Enrique (coords.), *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 377 ss., con ulteriores referencias.

²⁷ Así, p. ej., en materia sanitaria, ámbito destacado de operatividad de la teoría, esta incentiva que la Administración aplique los tratamientos exigidos por la *lex artis* pese a que su eficacia curativa no sea segura (imagínese un tratamiento contra el cáncer que tiene un 40% de probabilidades de éxito): en caso de que omita el tratamiento, no podrá escudarse en el carácter incierto del resultado que éste habría tenido para eludir su responsabilidad patrimonial.

en que la prueba habría demostrado la existencia cierta de relación de causalidad—. La rebaja excesiva del estándar probatorio y la aceptación de una mera vaga y abstracta posibilidad de evitar los daños reclamados es otro de dichos riesgos²⁸. También resulta a menudo difícil, en la práctica, determinar el porcentaje de probabilidades de evitación del daño que la teoría presupone para su propia aplicación y para el cálculo de la indemnización que corresponde a la víctima. Dicha dificultad, sumada a la convicción, bastante extendida, de que la pérdida de oportunidad constituye un daño moral en sí misma, lleva a muchas sentencias a fijar directamente una cuantía a tanto alzado carente de motivación expresa, con el riesgo que ello conlleva para los principios de igualdad y seguridad jurídica. Ambos principios se encuentran también amenazados por el hecho de que la teoría, que carece de un fundamento normativo expreso de alcance general²⁹ y tiene un origen jurisprudencial, se aplique sólo en determinadas ocasiones, por parte de ciertos tribunales, y con arreglo a criterios a menudo divergentes.

Sería conveniente que la reforma legislativa propuesta afrontara esta cuestión³⁰ y, en el caso de que optara por reconocer –de forma general o sectorial– el resarcimiento parcial en los casos de pérdida de oportunidad, evitara los riesgos expuestos y resolviera las dudas que la actual aplicación jurisprudencial suscita.

1.3.8. Fuerza mayor

La cláusula exonerativa de la *fuerza mayor* también podría tener una mayor precisión legal. Tanto el artículo 106.2 de la Constitución como el artículo 139.1 LRJPAC se limitan a mencionarla, sin concretarla. Su delimi-

²⁸ Sobre ambos riesgos Gascón Abellán, Marina, “La prueba...”, *op. cit.* (*supra* nota 26), pp. 403 ss.

²⁹ Más allá de su positivación en el artículo 63 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (en la actualidad, art. 112 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

³⁰ Así lo ha propuesto ya el Consejo de Estado, uno de los órganos consultivos que ha acogido la teoría de la pérdida de oportunidad (Consejo de Estado, “La apreciación y valoración de la pérdida de oportunidad en la prestación de servicios sanitarios”, en *Memoria del año 2005*, Madrid, Consejo de Estado, 2006, pp. 133 ss.).

tación se remite, pues, a la jurisprudencia, que la distingue del caso fortuito sobre la base de los criterios de la interioridad/ exterioridad y la imprevisibilidad/ inevitabilidad. Sin embargo, se lograría un mayor grado de seguridad jurídica si el legislador enumerara en una lista lo más exhaustiva posible aquellos eventos que merecieran la consideración de fuerza mayor. Podría seguirse así el ejemplo del art. 214.2 LCSP que, en materia contractual, incluye entre dichos eventos a, los incendios causados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes, y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

En cualquier caso, no debe perderse de vista que la eficacia exoneratoria de estos acontecimientos excepcionales decrece a medida que el avance científico-tecnológico incrementa las posibilidades de prevenirlos y evitarlos y de mitigar los daños que provocan. En este sentido, la cláusula no debería servir para excluir la responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios policiales, sanitarios, meteorológicos, de protección civil, de bomberos, de mantenimiento de obras públicas y similares que deben intervenir antes y después de que tales eventos tengan lugar. Tampoco debería excluir las ayudas a las víctimas que los poderes públicos puedan contemplar en conceptos distintos a los de la responsabilidad patrimonial³¹.

1.3.9. Culpa de la víctima

La regulación vigente no alude a la *culpa de la víctima* como factor de reducción e incluso exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La jurisprudencia ha sabido subsanar dicha omisión y, tras superar una fase inicial, en la que atribuía eficacia exoneratoria a toda intervención culpable de la víctima, por leve que fuera, señala ahora que dicha culpa podrá excluir o sólo reducir la responsabilidad administrativa,

³¹ Al respecto Jordano Fraga, Jesús, *La reparación de los daños catastróficos*, Madrid, Marcial Pons, 2000; Barrero Rodríguez, Concepción, *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.

en función de su gravedad. Este planteamiento es correcto, y debería ser recogido por el legislador³².

Como modalidad específica de esta regla, convendría también que se previera la exclusión de responsabilidad por la *falta negligente de interposición de los recursos pertinentes* contra la actuación jurídica o material lesiva³³. Con ello se mitigaría, de paso, el problema de las reclamaciones masivas derivadas de anulaciones judiciales de normas.

1.3.10. Intervención de terceros y responsabilidad concurrente de distintas Administraciones Públicas

La LRJPAC sólo contempla la incidencia que la intervención de terceros puede tener sobre la responsabilidad administrativa cuando dichos terceros sean otras Administraciones Públicas (art. 140). Parecería oportuno que el legislador se ocupara también de la intervención de *terceros particulares* (p. ej., sujetos autorizados³⁴), sometiéndola al régimen previsto para la concurrencia de distintas Administraciones³⁵.

Por otro lado, la reforma del artículo 140 LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999 no resolvió de forma plenamente satisfactoria los problemas que plantea la concurrencia de distintas Administraciones en la producción de daños, una concurrencia muy frecuente en un Estado descentralizado como el español, que además se integra en una Unión Europea que fomenta una creciente interacción entre las diferentes Administraciones nacionales y comunitarias. Ante las dificultades de precisión de cuáles sean las “fórmulas conjuntas de actuación” a que se refiere el primer apartado del precepto, así como la cuota de responsabilidad mancomunada que corresponde a cada Administración en aplicación de los criterios manejados por su segundo apartado, seguramente sería preferible que el legislador extendiera la *responsabilidad solidaria* a todos los supuestos de

³² Como hizo el legislador alemán en los §§ 2.4 y 3.3 *StHG*, remitiendo a la regla tradicional del § 254.2 del Código civil de ese país.

³³ § 6 *StHG*, dando continuidad a lo dispuesto mucho antes por el § 839.3 del Código civil alemán.

³⁴ Laguna de Paz, José Carlos, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto de 2001, pp. 27 ss.

³⁵ Siguiéndose así de nuevo el ejemplo alemán: § 10.2 *StHG*.

conurrencia. Ello incrementaría la seguridad jurídica y beneficiaría a las potenciales víctimas, además de coincidir con la solución mayoritariamente adoptada por el orden civil y el propio orden contencioso-administrativo³⁶. A cambio, debería articularse la *consulta* de las otras Administraciones y particulares corresponsables en el procedimiento tramitado por la Administración elegida por la víctima –cuya resolución no debería vincular a aquéllos–, así como regularse la *acción de regreso* que en todo caso debería ejercer, preceptivamente³⁷, esta última Administración.

La regla de la responsabilidad directa (solidaria) de todos los implicados quizá podría exceptuarse cuando la intervención de alguno de ellos fuera constitutiva de *delito* –como mínimo, en caso de delito doloso–. En tales supuestos³⁸, la responsabilidad patrimonial de la Administración podría ser meramente *subsidiaria*, de modo que sólo pudiera ser reclamada en caso de insolvencia del sujeto penalmente responsable.

Aunque a menudo se olvide, la solidaridad no es un título de imputación de responsabilidad, sino que presupone dicha responsabilidad. Por este motivo, no entrará en juego ni permitirá obtener indemnización alguna cuando la reclamación se dirija contra una Administración involucrada en la producción del daño, pero cuya responsabilidad deba excluirse en aplicación de las reglas generales de la institución (p. ej., porque su actuación no sea constitutiva de funcionamiento anormal). Ello puede resultar en ocasiones insatisfactorio; p. ej., cuando la identificación y/o reclamación ante la Administración a la que verdaderamente deba imputársele el daño sea muy compleja para la víctima. En tales casos puede estar justificado establecer una *responsabilidad por sustitución*³⁹ de la Administración que haya actuado frente a la víctima, Admi-

³⁶ Fue también la opción tomada por el § 10.1 *StHG*.

³⁷ El ejercicio preceptivo no sólo protege los intereses económicos de la Administración que ha satisfecho la integridad de la indemnización, y de los contribuyentes que alimentan su presupuesto, sino que resulta necesario para que la responsabilidad –de las otras Administraciones y/o particulares implicados– despliegue correctamente la función preventiva y de control que le corresponde.

³⁸ P. ej., cuando la Administración omite de forma negligente sus potestades de supervisión sobre una entidad financiera que estafa a sus clientes, o cuando reacciona de forma tardía ante un aviso de bomba y no logra detener un atentado terrorista.

³⁹ *Stellvertreterhaftung*, en la denominación empleada por la doctrina alemana que se ha ocupado de este régimen específico de responsabilidad, previsto en algunas normas de Derecho comunitario, como el artículo 40 del Reglamento (CE) 515/97 del Consejo, de 13 de marzo de 1997, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Esta-

nistración que luego deberá poder ejercer la acción de regreso –para recuperar la *totalidad* de lo satisfecho– contra aquella a la que el daño sea imputable.

El legislador también debería ponderar la conveniencia de imponer la responsabilidad patrimonial en supuestos de *causalidad anónima*, en los que no resulta posible identificar al concreto ente responsable, pero sí afirmar que el daño es imputable a algún tipo de forma concertada de actuación entre distintas Administraciones⁴⁰. En coherencia con el régimen general de concurrencia propuesto, la responsabilidad de cada una de las Administraciones implicadas en la actuación concertada debería ser también aquí solidaria.

En general, el legislador debería tratar de atajar el riesgo de que la creciente interacción entre Administraciones –locales, autonómicas, estatales, comunitarias, internacionales y de otros Estados–⁴¹ se traduzca en una dilución de responsabilidades frente a las potenciales víctimas.

1.3.11. Daños indemnizables

La amplitud con que la regulación española viene definiendo los daños indemnizables desde la LEF de 1954 es positiva y debe ser mantenida. Al no vincular la responsabilidad a la causación de daños típicos, permite resarcir toda clase de lesiones en derechos e intereses y orillar las dificultades surgidas en otros ordenamientos que partían de planteamientos más restrictivos.

dos miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria. Según dicho precepto, la Administración que cause daños a un ciudadano al utilizar el Sistema de Información Aduanero (SIA) responderá frente a éste, aunque tales daños tengan su origen en datos erróneos suministrados por otra de las Administraciones que participan en el SIA. *Vid.* al respecto mi trabajo “La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea”, en Velasco Caballero, Francisco; Schneider, Jens-Peter (coords.), *La unión administrativa europea*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 71 s., nota 110.

⁴⁰ Medina considera que este régimen de responsabilidad concurrente, similar al que prevé la legislación para los integrantes de las partidas de caza o para quienes participan en la construcción de edificios –cuando no sea posible identificar al concreto responsable del daño–, se deriva ya de la redacción vigente del artículo 140.1 LRJPAC [Medina Alcoz, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, *op. cit.* (*supra* nota 26), pp. 119 y 435]. La seguridad jurídica aconsejaría, en todo caso, una redacción más explícita.

⁴¹ Mir Puigpelat, Oriol, “La codificación...”, *op. cit.* (*supra* nota 39), pp. 60 ss. y 71.

Sin embargo, sería conveniente que el legislador precisara algunos aspectos que resultan problemáticos en la práctica. De entrada, sería útil que se afirmara expresamente la indemnizabilidad tanto de los daños patrimoniales, como de los *morales*. Aunque el resarcimiento de estos últimos sea pacífico en la praxis jurisprudencial, en realidad es discutible que se derive de la regulación vigente –los daños morales, por definición, no son evaluables económicamente⁴²–; por otro lado, no estaría de más definirlos, a la vista del recurso abusivo que de ellos hacen muchos tribunales⁴³. E incluso baremarlos, como se verá después⁴⁴.

En cuanto a los daños patrimoniales, debería explicitarse la resarcibilidad tanto del daño emergente, como del *lucro cesante*. La ley también podría definir⁴⁵ esta última noción, más espinosa, y contener alguna previsión sobre su prueba, concediendo prioridad a la documentación oficial y, en especial, a las declaraciones fiscales de ingresos previamente efectuadas.

La seguridad jurídica aconsejaría precisar las pretensiones resarcitorias de las víctimas *mediatas* de los daños imputables a la Administración, como son, sobre todo, los familiares de quienes fallecen como consecuencia de la actuación administrativa. Deberían distinguirse las pretensiones que les corresponden en concepto de herederos⁴⁶ de aquellas que pueden reclamar en concepto de daño propio⁴⁷.

1.3.12. Conductas imputables a la Administración. Responsabilidad de contratistas, de entes instrumentales de naturaleza jurídico-privada y de sujetos privados que ejercen funciones públicas

Hasta ahora se han formulado propuestas en relación con los requisitos materiales del daño indemnizable y de la imputación de dicho daño a la

⁴² Cuando así lo exige el artículo 139.2 LRJPAC.

⁴³ Vid. la dura crítica efectuada por Díez-Picazo, Luis, *El escándalo del daño moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, *passim*.

⁴⁴ Vid. *infra* 4.

⁴⁵ Siguiendo el ejemplo del § 2.3 *StHG*.

⁴⁶ Salvaguardándose, por supuesto, las competencias legislativas en materia de sucesiones de las comunidades provistas de Derecho civil propio.

⁴⁷ Vid. §§ 7.3 y 9 *StHG*. El daño moral por la pérdida del ser querido parece que debería constituir también una partida indemnizable en concepto de daño propio.

Administración. En el presente epígrafe se efectuarán algunas consideraciones sobre el tercer gran requisito sustantivo de la responsabilidad patrimonial: la imputación de conductas a la Administración. ¿Cuándo podrá considerarse que se está en presencia de actuación administrativa susceptible de desencadenar la responsabilidad de las Administraciones Públicas?⁴⁸.

La LRJPAC, con buen criterio, establece la responsabilidad directa de la Administración por los daños que puedan ocasionar las autoridades y el personal a su servicio (art. 145.1 LRJPAC). Pero no concreta quién debe considerarse tal a efectos resarcitorios ni, sobre todo, cuáles de sus conductas resultan imputables a la Administración y cuáles no. La reforma legislativa podría recoger la interpretación amplia que doctrina y jurisprudencia vienen efectuando de ambos aspectos y señalar expresamente que la Administración responderá por los daños producidos por todos aquellos que *formen parte de su organización* –sea cual sea el título jurídico por el que se inserten en ella–, tanto *en ejercicio* como *en ocasión de sus funciones* al servicio de aquélla. De esta forma se excluiría el resarcimiento público de los daños causados por el personal administrativo en completa desconexión de las funciones asignadas (p. ej., daños ocasionados en reyerías privadas por policías que se encuentran francos de servicio⁴⁹).

Precisamente porque no se encuentran insertos en la organización administrativa ni sujetos a una dirección constante por parte de la Administración, parece correcta la interpretación mayoritaria que excluye la responsabilidad de ésta por los daños ocasionados por los *contratistas públicos*, salvo cuando tales daños tengan su origen en una orden de la Administración o en un vicio del proyecto por ella elaborado⁵⁰. Aunque el

⁴⁸ He desarrollado la distinción entre la imputación de conductas o de primer nivel y la imputación de daños o de segundo nivel en mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria...*, op. cit. (supra nota 24), pp. 49 ss., 141 ss. Allí me ocupó también con cierto detenimiento de algunos de los problemas abordados en el presente epígrafe.

⁴⁹ Empleen o no su arma reglamentaria. Como he señalado en el trabajo acabado de citar, el riesgo creado por la Administración al permitir que los agentes porten armas cuando se encuentren fuera de servicio no parece mayor que el generado cuando concede correctamente un permiso de armas a un particular, conducta esta última que nunca genera responsabilidad patrimonial. Discrepo, por ello, de la línea jurisprudencial que declara la responsabilidad de la Administración siempre que los policías empleen su arma reglamentaria.

⁵⁰ En el caso del contrato de suministro, esta interpretación viene incluso avalada por el Derecho comunitario. La Directiva sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, en efecto, obliga a que sean el fabricante o el importador quienes, como regla general, respon-

Tribunal Supremo, desde su sentencia de 30 de abril de 2001⁵¹, parece haber abandonado la línea jurisprudencial que hacía responder en todo caso a la Administración –sin perjuicio de su posterior acción de regreso frente al contratista–, el gran número de valedores que dicha interpretación alternativa tiene todavía en la doctrina y la jurisprudencia aconsejaría dar una redacción más clara a la formulación tradicional, recogida ahora en el artículo 198 (apartados 1 y 2) LCSP.

La nueva regulación tendría una sede más adecuada en la LRJPAC –o en la norma que eventualmente pasara a contener la disciplina general de la responsabilidad patrimonial de la Administración– y debería añadir también la responsabilidad de la Administración contratante en los casos en que incurriera en *culpa in vigilando*⁵². La ley también debería solventar la cuestión controvertida del *régimen material* de responsabilidad a que quedan sujetos los contratistas –cuestión que, sin embargo, pierde parte de su relevancia práctica si la responsabilidad patrimonial de la Administración pivota sobre el criterio de la anormalidad y, con ello, se aproxima a la de los particulares⁵³– y ponderar la conveniencia de obligarles a suscribir *pólizas de seguros*, con tal de garantizar su solvencia en caso de producción de daños⁵⁴.

El legislador también tendría que despejar de una vez por todas los muchos interrogantes que suscita la *articulación procesal* de la reclamación de la víctima de daños ocasionados por contratistas públicos. La reproducción literal de la regulación precedente por parte de los apartados 3 y 4 del artículo 198 LCSP arrastra consigo la gran diversidad de

dan frente a las víctimas. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de dicha Directiva se desprende que los Estados miembros sólo pueden establecer que sujetos distintos del fabricante o importador (como el distribuidor o la Administración que ocasiona daños al utilizar el producto defectuoso) respondan ante las víctimas en caso de dolo o culpa (STJ de 10 de enero de 2006, As. C-402/03). *Vid.* al respecto Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, *La responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por los contratistas públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Comunicación presentada a las X Jornadas sobre la Función Consultiva, 2008, pp. 6 s. (disponible en <http://cja.gencat.cat>).

⁵¹ Sala 3.ª, sección 6.ª, rec. núm. 9396/1996.

⁵² En tales casos suele admitirse también la responsabilidad de la Administración, que concurre junto a la del contratista y se deriva de las reglas generales de la institución.

⁵³ En el contrato de suministro, el contratista-fabricante/importador queda en todo caso sometido a las reglas de responsabilidad –objetiva– contenidas en la citada Directiva 85/374/CEE.

⁵⁴ Así lo imponen ya muchos pliegos de condiciones contractuales y normas como la Ley catalana 3/2007, de 4 de julio, de la obra pública (art. 50).

interpretaciones que su ambiguo tenor ha motivado, y que abarcan prácticamente todas las posibilidades. Existen buenas razones para permitir que la víctima pueda *optar* entre demandar al contratista o a su aseguradora en *vía civil*, o instar a la Administración contratante a que tramite un *procedimiento administrativo plenario* de responsabilidad patrimonial, similar –salvo en su carácter obligatorio para la víctima– al que con tanta claridad establecieron el artículo 123 LEF y el artículo 134 del Reglamento general de contratación del Estado⁵⁵; un procedimiento que, por tanto, no constituya un mero requerimiento previo al ejercicio de la verdadera acción, y en el que la Administración, tras dar audiencia al contratista, dicte una resolución vinculante, impugnabile por la víctima y el contratista ante el orden contencioso-administrativo, en la que no se limite a declarar a quién corresponde la responsabilidad, entrando a cuantificar la eventual indemnización que resulte procedente⁵⁶.

En cambio, quizá sería preferible que los *entes instrumentales de la Administración dotados de personalidad jurídico-privada* que desarrollen actividades materialmente administrativas⁵⁷ y los *sujetos privados que ejercen funciones públicas* (entidades certificadoras, de inspección técnica de vehículos, etc.) quedaran sometidos directamente a las *reglas materiales y procesales propias de la responsabilidad patrimonial*, como si de auténticas Administraciones –en sentido subjetivo– se tratara. De esta forma, en caso de irrogar daños, tales entes y sujetos deberían tramitar y resolver el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y asumir las indemnizaciones correspondientes⁵⁸; el control jurisdiccional de sus resolucio-

⁵⁵ Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

⁵⁶ Vid. al respecto Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, (*supra* nota 50), pp. 11 ss.

⁵⁷ Cuando, en cambio, lleven a cabo actividades empresariales en régimen de libre concurrencia, parece mejor que se sometan al mismo régimen procesal y material de responsabilidad civil que sus competidores. En este sentido, Rebollo Puig, Manuel, «Sobre la reforma...», *op. cit.* (*supra* nota 1), p. 221. En todo caso, parecería incompatible con el Derecho comunitario de la competencia que la responsabilidad en que puedan incurrir los entes instrumentales que actúan en el mercado fuera asumida por la Administración matriz.

⁵⁸ En el caso de los entes instrumentales, sería razonable que la ley remitiera a lo que determinara su norma de creación, como sucede ya en la actualidad con los entes instrumentales dotados de personalidad jurídico-pública (art. 142.2 LRJPAC). Y es que nada habría que objetar si la Administración matriz, al crear el ente, prefiriera reservarse la prerrogativa de tramitar y resolver el procedimiento de responsabilidad, así como asumir el pago de las indemnizaciones correspondientes.

nes correspondería al orden contencioso-administrativo, más familiarizado con la aplicación de las reglas materiales y procesales de la responsabilidad jurídico-administrativa. Al igual que los contratistas, y por razones similares, sería oportuno elevar a regla general la *obligación de aseguramiento* que muchas de las normas que los regulan imponen a los sujetos privados que ejercen funciones públicas.

1.4. Indemnización

La reforma legal sugerida también debería conceder mayor atención a determinados aspectos relativos a la indemnización que corresponde a las víctimas, de concurrir los requisitos materiales examinados.

De entrada, podría reflexionarse sobre la posibilidad de complementar la acción de resarcimiento *stricto sensu* con una *acción de restitución* de la situación fáctica alterada a su estado anterior o a uno equivalente, cuando tal restitución sea posible y razonable⁵⁹. El sistema español de responsabilidad patrimonial ha venido convirtiendo desde sus mismos orígenes, de forma automática, el daño sufrido en una indemnización pecuniaria –previendo, a lo sumo, la posibilidad de solicitar una compensación en especie (art. 141.4 LRJPAC)–, pero ello no será siempre lo que más convenga a la víctima. La LRM, por exigencias del Derecho comunitario, ha puesto fin a dicho automatismo en relación con los daños medioambientales, y ello podría ser quizá extendido al resto de daños que pueda ocasionar la Administración.

En lo referente a la cuantificación de la indemnización pecuniaria, parecería oportuno sustituir la actual superposición de criterios de valoración contenida en el artículo 141.2 LRJPAC por una única y clara referencia al *valor de mercado* de la utilidad perdida por la víctima. Tampoco resultaría ocioso mencionar expresamente el *principio de reparación integral*. La ley también podría exigir a la víctima –en su reclamación y posterior demanda–, a la Administración –en su resolución estimatoria–⁶⁰ y al juez –en la sentencia– que explicitaran los daños reputados indemniza-

⁵⁹ Como hizo el § 3 *StHG*, recogiendo una jurisprudencia asentada en Alemania.

⁶⁰ Así se lo impone ya el artículo 13.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

bles y las bases tomadas para su cuantificación en el caso concreto, para así evitar las indemnizaciones fijadas a tanto alzado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶¹ y el principio de reparación integral dificultan sujetar la cuantificación de los daños *patrimoniales* ocasionados por el funcionamiento *anormal* de la Administración a un baremo indemnizatorio vinculante, como el previsto para los accidentes de tráfico por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Pero nada impediría baremar, en cambio, los daños *morales*. Como se ha dicho antes, los daños morales, por definición, son aquellos que no pueden ser objeto de una compensación económica perfecta. Su cuantificación es por ello siempre bastante arbitraria. La fijación legislativa del daño moral mediante un baremo completo que asignara distintas cantidades en función de la gravedad del daño sufrido y de otras circunstancias objetivas (como, p. ej., la previa convivencia del reclamante con la víctima, en caso de muerte de esta última) sería sin duda mucho mejor que la actual fijación judicial, que tantas disparidades injustificadas de trato provoca; tratándose de una cuantificación en buena medida arbitraria, resulta preferible que la efectúe el legislador, en beneficio de los principios democrático, de igualdad y de seguridad jurídica.

El legislador debería asimismo pronunciarse sobre la *compatibilidad* de la indemnización percibida en concepto de responsabilidad patrimonial con otras compensaciones públicas o privadas que puedan corresponder a la víctima⁶². En relación con ello, se plantea la cuestión de si el *derecho de subrogación* que la legislación sobre seguros reconoce en la actualidad a las aseguradoras⁶³ –y que no parece justificado excluir en relación con la Administración– debería extenderse –o no– a los entes públicos que asumen costes asociados a los daños ocasionados por otra Administración.

⁶¹ SSTC 181/2000, de 29 de junio; 242/2000 y 244/2000, de 16 de octubre; 267/2000, de 13 de noviembre, y 21/2001, de 29 de enero.

⁶² V. las propuestas al respecto de Rebollo Puig, Manuel, «Sobre la reforma...», *op. cit.* (*supra* nota 1), pp. 239 ss.

⁶³ Artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS).

1.5. Acción de responsabilidad y seguro

Una buena ley sobre responsabilidad patrimonial debería solventar también las dudas que se suscitan en materia de *prescripción*. Convendría precisar, entre otros aspectos, la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción en el caso de enfermedades de evolución incierta y de daños continuados, así como los requisitos que deben reunir los mecanismos de interrupción de la prescripción. Quizá pudiera recogerse asimismo la figura de la *suspensión* de la prescripción, prevista y regulada en el Código civil de Cataluña⁶⁴, y ampliarse el plazo de prescripción a *tres años*, en beneficio de las posibles víctimas⁶⁵.

Al hilo de las propuestas anteriores se han efectuado ya algunas observaciones y sugerencias relativas al *procedimiento administrativo* de responsabilidad. En general, dicho procedimiento parece positivo, pero sólo en la medida en que no constituya un mero trámite que sirva únicamente para demorar el acceso a la jurisdicción. La Administración debe tomar conciencia de la importancia que la transacción ha adquirido en nuestros días y aprovechar la oportunidad que le brinda el procedimiento administrativo para investigar a fondo lo sucedido y tratar de llegar a un acuerdo con el reclamante cuando proceda. En este sentido, debería emplear con mucha mayor frecuencia la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento y de terminarlo de forma convencional mediante acuerdo con el interesado. Resulta también de capital importancia, aunque a menudo se incumpla, que el procedimiento sea resuelto en el plazo máximo establecido. Una reforma legislativa como la aquí sugerida, que propiciara una mayor precisión de los requisitos de la institución, contribuiría a evitar las reclamaciones infundadas y facilitaría que el procedimiento cumpliera su objetivo.

Se ha dejado para el final un aspecto al que dicha reforma debería dedicar una especial atención: el *aseguramiento* de la responsabilidad patrimonial⁶⁶. La disposición adicional 6.^a de la Ley 31/1990, de 27 de

⁶⁴ Artículos 121-15 ss. de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña (CCC).

⁶⁵ Contemplan un plazo de prescripción de tres años, entre otras normas, el artículo 143.1 TRLGDCU (en materia de productos defectuosos, por imposición del art. 10.1 de la Directiva 85/374/CEE), el artículo 121-21.d) CCC y el § 13 *StHG* (recogiendo lo establecido con carácter general por el Código civil alemán en su § 195).

⁶⁶ Huergo Lora, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 2002; Montoro Chiner, María Jesús; Hill Prados, María Con-

diciembre, que permitió el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria pública, no ha venido después acompañada de las modificaciones normativas materiales y procesales necesarias para integrarlo racionalmente y compatibilizar la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración con la Ley del contrato de seguro. Casi veinte años después, son muchas las Administraciones españolas que acuden al aseguramiento para convertir el riesgo incierto de generar daños en una prima fija anual cierta y económicamente asumible. El seguro es particularmente útil en el caso de las Administraciones pequeñas, como las locales, que por su volumen más reducido tienen menor capacidad de autoasegurarse. Pero para que las primas puedan ser calculadas correctamente y el mercado del seguro de la responsabilidad patrimonial funcione, es preciso que las reglas de esta institución sean claras –como se ha visto en las páginas precedentes, la reforma aquí propuesta debería sobre todo reducir la gran incertidumbre existente en la materia– y que se despejen los interrogantes generados cuando quien se asegura es la Administración.

La cuestión más debatida y controvertida es la de si subsiste (y debe subsistir) la *acción directa* contra la compañía aseguradora, ante los tribunales del orden civil, prevista de forma general en el artículo 76 LCS, o si es preciso en todo caso que se siga el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad contemplado imperativamente por la LR-JPAC. Pese a los efectos positivos que la acción directa tiene entre particulares, existen buenos argumentos para que una futura reforma la eliminara cuando el sujeto asegurado fuera una Administración, e impusiera un *litisconsorcio pasivo necesario* de ésta y su aseguradora ante el orden contencioso-administrativo⁶⁷. Esta propuesta presupone que se conceda a la aseguradora una posición activa en el procedimiento administrativo previo, posición que de hecho ya garantizan muchas de las pólizas suscritas por la Administración cuando llegan incluso a establecer comisiones

cepción, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona, Atelier, 2002; Arquillo Colet, Begoña, *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Barcelona, Atelier, 2008, con ulteriores referencias.

⁶⁷ Es la propuesta *de lege ferenda* que he formulado y fundamentado en mi trabajo “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, en Montoro Chiner, María Jesús (coord.), *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 528 ss. (disponible también en www.indret.com).

paritarias encargadas de proponer el otorgamiento o la denegación de las indemnizaciones, así como su cuantía. El legislador debería también resolver otros aspectos, como a quién corresponde el ejercicio de la *acción de regreso* contra el empleado público causante del daño, ejercicio que es obligatorio (art. 145.1 LRJPAC)⁶⁸, cuando quien satisface la indemnización es la aseguradora⁶⁹; o si resulta admisible y coherente con dicha acción de regreso obligatoria la práctica habitual de que sea la propia Administración y no sus empleados quien pague las primas de los seguros de responsabilidad civil de éstos.

⁶⁸ Siempre y cuando se mantuviera, por supuesto, dicha acción de regreso, que devino obligatoria en 1999, recogiendo así una reivindicación ampliamente compartida en la doctrina. Me he ocupado de ella en "Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2002, pp. 87 ss., formulando algunas propuestas para hacerla más efectiva en la práctica. Recientemente se ha mostrado muy crítico con la acción de regreso Doménech Pascual, Gabriel, "Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio", en *InDret*, núm. 2, 2008 (www.indret.com), quien sugiere que se mantenga sólo en caso de dolo.

⁶⁹ En mi trabajo "La jurisdicción competente...", *op. cit.* (*supra* nota 64), pp. 531 s., nota 55, propongo que el importe obtenido corresponda a la aseguradora en caso de dolo del empleado y a la Administración en caso de culpa grave. Sería conveniente que en ambos supuestos se tramitara el procedimiento administrativo ahora recogido en los artículos 145.2 LRJPAC y 21 RPRP, dándose audiencia a la aseguradora.