
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva
Emerson Gabardo
Conselho de Redação
Edgar Chiuratto Guimarães
Adriana da Costa Ricardo Schier
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz
Jorge Luís Salomoni
José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajarville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate

Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Maria Cristina Cesar de Oliveira
Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancanner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião.
E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN: 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Rogério de Souza
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros

© Editora Fórum Ltda., 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737

E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

site: www.editoraforum.com.br

Nuevas Orientaciones Doctrinales sobre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública¹

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo, Director del Instituto Nacional de Administración Pública de España

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es uno de los temas centrales del Derecho Público. Es una cuestión clásica de los programas de Derecho Administrativo y desde luego me parece muy atinado que se trate en este curso de formación que imparte el Consejo General del Poder Judicial para jueces y magistrados, entiendo que interesados en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo tanto, felicito a mi buen amigo Joaquín García Bernardo de Quirós, presidente de la sala de lo contencioso administrativo de Málaga por su iniciativa, por la elección del tema y desde luego por haber tenido la benevolencia de acordarse de mí para intentar transmitirles algunas ideas muy generales, por supuesto, sobre las nuevas perspectivas doctrinales en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Desde otro punto de vista puede decirse también que la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la responsabilidad objetiva de la Administración pública, tal y como esta configurada en nuestro Derecho desde hace largas décadas es una cuestión de palpitante y rabiosa actualidad en la medida en que se puede decir que si todos los supuestos de danos ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos plantean reclamaciones y demandas de responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública, el contenido material de ese conjunto de reclamaciones de acuerdo con la última memoria del Consejo de Estado se eleva a 30.000.000 millones de pesetas y las cantidades que son estimadas o las demandas que prosperan se encuentran en torno al 10% del

¹ Texto de la intervención oral de su autor en la clausura del curso, que sobre la Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública organizó el Consejo General del Poder Judicial en Madrid el 6 de marzo de 2002.

montante total reclamado.

Es decir, se trata de una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y tenemos que estudiar con detenimiento, porque mantener, ya lo adelanto desde este momento, el principio objetivo de la responsabilidad de la Administración pública tal y como está planteado en nuestro Derecho, tal y como fue configurado en la Ley de expropiación forzosa de la década de los cincuenta sin variaciones, entraba problemas de entendimiento con los tiempos en que vivimos. Me parece que el Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este super-blindaje, super-defensa que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la Administración pública.

Y, por otra parte, juzgo desproporcionado el régimen vigente porque ciertamente tenemos que ser cada vez más conscientes de que las actuaciones de la Administración pública son actuaciones que realizan o realizamos los funcionarios. Que yo sepa, cuando se produce un daño se lesiona un derecho o **un bien de un** ciudadano desde la Administración pública, es siempre consecuencia de que alguien, alguna persona o algunas personas revestidas de poder público, con su actuación o con su actitud provoca esa situación. Por lo tanto, ya que estamos en un momento en el que, desde muchos puntos de vista, la reflexión sobre el Derecho, la reflexión sobre la libertad y la reflexión sobre la responsabilidad personal parece que no están demasiado de moda, es pertinente afirmar que la libertad y la responsabilidad son dos caras de la misma moneda, incluso como decían los clásicos y pienso que es un principio de interesante: “máxima libertad”, por supuesto, pero también “máxima responsabilidad”.

En este sentido, se puede afirmar como criterio general que el principio de la Ley de expropiación forzosa establecido en el año 1954 no es ya en el año 2002 un principio razonable; más bien necesita ser repensado y replanteado de acuerdo con el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

El sistema actual, como veremos, es un sistema poco satisfactorio y disfuncional, que además hasta podría entrar en colisión con algunas de las ideas madres que están expuestas en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Es más, el artículo 43.2 de dicha Carta parece que plantea un derecho común, europeo, sobre responsabilidad. Este criterio objetivo y global permite que, con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público que ocasiona el daño, siempre tenga responder la Administración pública, no tiene parangón ni precedente en Alemania y en Italia, por poner dos casos conocidos.

Y por lo tanto, pues, el mandato de la Unión Europea, en su declaración del artículo 43.2 de la Carta, pues debería también llevarnos a una reflexión y a ~~una reforma~~ en este tema: a una reforma concreta del sistema de responsabilidad

patrimonial.

La modificación que se hizo en el año 1999 de la Ley de régimen jurídico de la Administración pública y del procedimiento administrativo común establece en el artículo 145 que, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo uno de dicho título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública las indemnizaciones por los danos y perjuicios ocasionados por las autoridades y personal a su servicio, esto es lo importante. En el punto dos, se puede leer: “la Administración pública correspondiente exigirá de oficio a las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa negligencia grave; previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se determine”. Es decir, en aquellos casos en que exista dolo o culpa negligencia grave es obligatorio para la Administración repetir, dirigirse de oficio a sus autoridades y demás personal que hubieran incurrido en actuaciones que produjesen lesión de los bienes o derechos de las personas.

Esta regulación antes no existía y me parece que abre una línea que supone una pequeña grieta, una pequeña quiebra, en ese sistema super-objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Hoy nos preguntamos por qué el centro de la cuestión se coloca no tanto en la conducta, en la culpa, en que incurre el funcionario, en un patrimonio que sufre un daño antijurídico que no tiene el deber jurídico de soportar.

Con independencia de que más adelante podamos hacer algún comentario referente a este aspecto, sí quiero señalar en este momento que en alguna medida la razón de que esto sea así tiene que ver con una determinada manera de entender el Derecho Administrativo que parte de que la presunción de legalidad y legitimidad no reside en la actuación administrativa, sino que parece ubicarse en las demandas que interponen los ciudadanos. Me explico.

Me parece especialmente grave esta situación cuando estamos tratando de una institución de tanto calado y de tanta importancia para explicar el Derecho Administrativo y que tiene que ver precisamente con algo tan esencial como es el funcionamiento de la Administración pública.

Insisto, la Administración pública no es únicamente esa fría máquina de la que nos hablaba Max Weber que ejecuta fríamente y neutralmente la ley; sino que la Administración pública está compuesta por personas que con defectos o virtudes procuran hacer lo mejor que pueden su trabajo y que a veces incurren en dolo, negligencia o culpa en su trabajo cotidiano. Supuestos en los que parece lógico que no responda única y exclusivamente la Administración, sino que responda, porque es el causante del daño el funcionario que actúa en determinado sentido

y que provoca una determinada lesión o perjuicio en un derecho o en un bien de un ciudadano.

Por lo tanto, el sistema de 1954 respondía a las circunstancias del momento, y en el año 2002 estamos en otro contexto histórico muy distinto, y en el cual precisamente ya el interés general no es un concepto que monopoliza o interpreta unilateralmente un funcionario, sino que como ha dicho el Tribunal Constitucional en el año 1984 es un concepto que define armónicamente a través de la intercomunicación entre los poderes públicos y los agentes sociales.

Esta es una cuestión que no es baladí ni casual y que tiene gran importancia y una gran incidencia sobre la construcción del Derecho Administrativo moderno y también sobre el entendimiento del marco constitucional que debe de presidir la construcción de todas y cada una de las categorías e instituciones del Derecho Administrativo.

Por otra parte, como ha señalado el profesor García de Enterría en un artículo relevante, muy relevante, sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo español publicado en el año 1981 por el Anuario de derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, resulta que ahora el interés general reside en la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

Desde este punto de vista, la aplicación como principio absoluto del criterio de solvencia económica de la Administración pública pienso que no debe llevar a correr un tupido velo sobre la libertad y sobre la responsabilidad en las actuaciones de los funcionarios, que al final son los que con su trabajo, con su actuación en un sentido o en otro, provocan el bienestar o provocan en algunas ocasiones daños o perjuicios a los bienes y derechos de los ciudadanos.

Me gustaría extraer más conclusiones y más consecuencias de por qué se coloca el acento en el año 1954 sobre ese patrimonio que debe ser reparado, porque no existe el deber jurídico de soportar el daño antijurídico que se le provoca desde la Administración pública. Porque me parece que en los tiempos que corren ya no es sostenible una reflexión de esta naturaleza y, por tanto, es mejor acudir a la aplicación de los principios de proporcionalidad, de racionalidad, del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que la Administración pública ya no puede gozar de ese privilegio tan absoluto y fenomenal que le impida cuando provoca daños particulares repetir o conocer la dimensión exacta de la actuación de sus agentes.

Como sabemos, en el Derecho español hasta el año 1950 la Administración pública era irresponsable. Se aplicaba para aquellos supuestos que se provocaban daños o perjuicios, lesiones en bienes o derechos de los ciudadanos por actuación

administrativa el Código Civil. Por ello, sólo respondían los funcionarios cuando se producían daños que debían ser reparados por esa actuación.

Se piensa, por tanto, que esta irresponsabilidad de la Administración pública debía ser modificada y se empieza a trabajar. En el año 1950 se establece una Ley del régimen local en la que empiezan a cambiar las cosas, pero sería en el año 1954 cuando se promulga la Ley de Expropiación forzosa, y en concreto sin el artículo 121 nos encontramos con la primera regulación de la institución que ahora analizamos.

Este artículo 121 dice lo siguiente: “dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento una lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos al que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pública exige de sus funcionarios...”

Tenemos que pensar que, en virtud de este precepto, la responsabilidad era directa, era objetiva, global, con independencia de que el daño ocasionado fuera **como consecuencia del** funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es decir, que cualquier tipo de lesión, cualquier tipo de daño que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que haya sido consecuencia de la actuación administrativa, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración pública, daría lugar siempre a la indemnización por cuenta de la Administración pública.

Como digo, se sitúa el centro de gravedad del modelo en ese daño antijurídico que se causa en el patrimonio y que no tiene el deber jurídico de soportar.

Podemos preguntarnos ahora por qué no se sitúa en el centro del modelo la actuación que ocasiona el daño y que realiza un determinado funcionario. Porque que se sepa, la Administración pública como organización abstracta, como ente de razón, hasta el momento al menos, no ocasiona *per se* daños a los particulares. Los daños los causan el funcionamiento de los servicios públicos como consecuencia de la conducta humana. Los actos administrativos, lo sabemos bien, son consecuencia del procedimiento administrativo que desemboca o termina con una resolución, con un acto administrativo que puede ocasionar o no un daño a un ciudadano.

Por eso, insisto, aquí esta la cuestión central, el asunto básico y fundamental se encuentra en explicar, si es que se puede explicar, por qué la Administración pública dispone de ese gran privilegio y los funcionarios disponen de ese anonimato con solo apelar a esa responsabilidad super-directa, super-objetiva y super-global de la Administración que cubre con su manto todos los supuestos de funcionamiento **normal o anormal** de los servicios públicos.

A mi me parece, desde luego, que en un Estado social y democrático de Derecho, con independencia de que este principio ocasione un grave quebranto a las arcas públicas, se debe tener presente que las consecuencias de los actos son de cuenta de los funcionarios, por lo que una aplicación objetiva y global de la responsabilidad administrativa, no se compadece con un entendimiento moderno del sentido de la libertad y de la responsabilidad.

En fin, más adelante, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de los años cincuenta del siglo pasado estableció una regulación parecida que excluye, eso sí, la fuerza mayor, y se diseña técnicamente una mejor caracterización del daño para que sea susceptible de indemnización como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración pública, y así se establece que el daño debe ser efectivo, evaluable e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Constitución Española se refiere a este tema en el artículo 106, artículo que tenemos que leer con calma y con tranquilidad, porque en mi opinión no se puede señalar que ahora se haya constitucionalizado *in toto* el régimen de 1950, ni mucho menos.

Veamos. En concreto dice el artículo 106, párrafo 2, “los particulares en los términos establecidos por la ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de los bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Y hay que llamar la atención, y no poco, sobre la literalidad de la parte final del número 2 del artículo 106 donde se dice que efectivamente existe el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran los ciudadanos en sus bienes y derechos, salvo los supuestos de fuerza mayor, como es obvio; pero fíjense bien que se dice siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. ¿Por qué no se dice funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos? Pues porque en un Estado social y democrático de Derecho, insisto, incluir en la responsabilidad de la Administración pública los supuestos de funcionamiento normal de un servicio público puede ocasionar graves problemas interpretativos.

Por eso, aunque no se regula expresamente en la Constitución, me parece que en la mente del constituyente, cuando se habla del funcionamiento de los servicios públicos parece, al menos yo lo sostengo así, que se está queriendo referir al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

En el año 1992 como saben, se publica la Ley de régimen jurídico de la administración pública y del procedimiento administrativo común, y en sus artículos 139

y 141 se vuelve a mantener el sistema de la responsabilidad directa, objetiva y global con independencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Lo que sí que se produce en el año 1999 es una reforma parcial de esta ley, y el artículo 145 queda redactado en su párrafo segundo, como antes les comentaba, estableciendo que cuando efectivamente el daño se haya producido como consecuencia de actuación por dolo, culpa o negligencia grave previa instrucción del procedimiento que se establezca reglamentariamente, la Administración debe dirigirse y exigirá de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido la responsabilidad al funcionario responsable, es decir que aquí hay una modificación no pequeña en relación con la voluntariedad o la exigibilidad. En 1992 la repetición era voluntaria; ahora, en estos supuestos, la repetición “se exigirá de oficio”

Este me parece que es un avance sustancial y que permite pensar en que esa quiebra del sistema vaya poco a poco llevándonos a un entendimiento razonable, moderno, de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Les quiero recomendar ahora un libro reciente que se llama *La Responsabilidad Patrimonial en la Administración Pública: hacia un nuevo Sistema*, es de 2002 y el autor se llama Oriol Mir Puig Pelat. Les invito a que lo lean porque el libro patrocina una tesis que es, en alguna medida comparto, dirigida a reformar radicalmente el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y limitarlo hasta supuestos, me parece, que lógicos y razonables.

Una de las personas que participaron en la elaboración de la Ley en 1954 y que además hace el prólogo al libro de Oriol Mir Puig Pelat es el profesor Eduardo García de Enterría, uno de los maestros de Derecho Administrativo, una de las personas con más autoridad en la materia, que en el prólogo explica como en el año 1954, según él, nunca hubo la intención de que la responsabilidad patrimonial fuera responsabilidad objetiva y absoluta, que incluyera indemnización siempre que interviniese un agente público.

Una cosa es, efectivamente, que no hubiera deseo, o no hubiera, pues, un planteamiento en esta dirección, pero la realidad fue que la responsabilidad patrimonial ha sido tan absoluta y tan objetiva que ha incluido toda suerte de supuestos, salvo la fuerza mayor, en los cuales un daño o una lesión de un bien o un derecho de un particular que se haya provocado por la actuación normal o anormal de un servicio público daba lugar a la correspondiente indemnización.

El profesor García de Enterría en el año 1955 escribe un artículo titulado “Potestad Expropiatoria y Garantía Patrimonial en la nueva Ley”, donde analiza las causas de la responsabilidad patrimonial y dice que fundamentalmente la principal causa de la responsabilidad patrimonial debe estar en un perjuicio antijurídico. Pero trasladando el perjuicio antijurídico de la conducta del agente a la perspectiva

del patrimonio del daño, es decir lo realmente importante es el patrimonio y no la conducta del agente público.

Podemos preguntarnos por qué, y es una pregunta que desde luego yo les hago a ustedes, me hago a mí mismo y me gustaría hacerla a los autores de la ley del año 1954: ¿por qué se sitúa el centro de gravedad del sistema en la perspectiva del patrimonio del dañado y no en la perspectiva de la conducta del agente público? O, al menos, ¿por qué no se consideraron la causa y el efecto en un cierto plano de igualdad?

Me permito volver, para ir terminando, a la reflexión que hacía al principio de la intervención. Parece ser, y en algunas instituciones así podría pensarse, que la construcción de algunas instituciones o categorías Jurídico-administrativas se ha realizado desde una perspectiva en virtud de la cual la presunción de legalidad está en el particular, está en el ciudadano y no tanto en la Administración pública, que resultaría como regla general actúa siempre de forma torpe pues provoca numerosos daños y perjuicios a los ciudadanos.

Con su permiso y benevolencia, me permito criticar este punto de vista y pienso que es positivo que exista esta presunción de legalidad y legitimidad en la actuación administrativa que no debe ser una presunción absoluta, insisto, no debe ser absoluta. No debe ser tan absoluta que lleve a posiciones que son incongruentes, como tampoco debe ser absoluta la reflexión anterior. ¿Por qué?, pues porque no me parece que sea razonable pensar que siempre en y todo caso la actuación de la Administración es negligente y no vela por los intereses generales; ni una cosa ni la otra.

Por lo tanto nos encontramos con que la causa de la responsabilidad es el perjuicio antijurídico. Esa idea antijurídica del daño se intentó explicar con el concepto del perjuicio que el dañado no tiene el deber jurídico de soportar, concepto incluso que recoge el legislador de 1992 e incorpora al artículo 141: se nos dice en el capítulo primero del título décimo de la Ley de 1992 que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes de toda la institución que sufre en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

El principio básico, insisto, el principio de que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar se encuentra en el artículo 141 punto 1 de la Ley.

Es en este concepto o en esta consideración del daño antijurídico donde la jurisprudencia ha tropezado más, a veces llegando a interpretaciones demasiado

complejas, que han provocado una cierta ilimitación y una cierta amplitud no siempre deseable.

Por supuesto, también es necesaria la concurrencia de alguna causa de imputación que no puede reducirse a un canon unitario. Aquí es donde el profesor García de Enterría habla de las tres causas específicas que pueden dar lugar a los daños o las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos.

La primera sería la realización directa y legítima del daño por la Administración pública cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportar ese daño. Serían daños como consecuencia de las construcciones de obras públicas; como consecuencia de la represión de desórdenes o calamidades públicas, o en el año 1950 de actos no fiscalizables en vía contencioso administrativa.

La segunda causa específica sería la actuación ilícita de la Administración pública, aunque imputable subjetivamente al agente público. Esto sería el supuesto de funcionamiento anormal de un servicio público.

En tercer lugar, nos encontraríamos con casos de riesgo creados por la administración que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo que la Administración ha originado en beneficio propio a los ciudadanos.

Pues bien, sólo en estos casos técnicamente parece que es cuando se puede aplicar esa institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública siempre, siempre que el riesgo, insisto, se haya creado por la Administración pública. No cualquier riesgo general, sino riesgo que haya creado en concreto la Administración pública.

Y en cuarto lugar serían los supuestos de enriquecimiento sin causa.

Realmente, el manejo del sistema se ha hecho sobre el supuesto de funcionamiento anormal del servicio público, que me parece que es un supuesto propio y específico sobre el cual debe operar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En cualquier caso, el sistema ha sido un sistema hasta el momento insatisfactorio y excesivo.

Es verdad que en 1954 se trató de romper la regla de la irresponsabilidad administrativa por daños que venía beneficiando a la Administración pública en nuestro Derecho. Por ello, repito, se buscó una fórmula general y abstracta que se recoge luego en la Ley de régimen jurídico en el año 1957 y la ley de régimen jurídico de procedimiento común del año 1992.

Es probable que se haya provocado una huida a la cláusula general de la que García de Enterría nos dice que es un peligro para el Estado de Derecho, aunque reconoce que en Francia, sin embargo, ha funcionado el sistema sobre principios generales sin especiales problemas.

La solución, en opinión de García de Enterría, está en mantener fórmulas generales con matizaciones concretas o reducir la responsabilidad como regla al funcionamiento anormal de los servicios públicos y remitir los otros supuestos a otras categorías jurídicas. Solución que desde luego comparto y me parece que es la más razonable no solamente desde el punto de vista constitucional sino de acuerdo con los principios propios de una Administración pública moderna en un Estado social y democrático de Derecho.

Las reflexiones que hace el profesor Mir, Oriol Mir, tienen mucho que ver también con el fundamento de la responsabilidad objetiva en el derecho de daños, derecho de daños público. Él enumera tres fundamentos para establecer esa responsabilidad objetiva.

Primero, el principio general de que se trata de supuestos en los que hay un riesgo especial creado por la Administración; estos supuestos parece que encajan perfectamente con una categoría general de responsabilidad objetiva.

Luego tenemos el segundo fundamento que sería el principio de igualdad ante las cargas públicas, y por lo tanto ese principio de igualdad ante las cargas públicas cuando se produce ese daño debe ser asumido por la colectividad y ciertamente si el interés general es el interés de todos los ciudadanos, la asunción por la colectividad de ese principio llevaría también a esa indemnización de acuerdo con los principios del Derecho patrimonial de daños.

Sin embargo, como digo, en Europa no existe este sistema y comparto la tesis del profesor Oriol Mir cuando dice con bastante acierto que la idea de que el interés general produce siempre beneficio susceptible de valoración económica, corre pareja con la idea de que el interés general es equiparable a la persecución del lucro por parte de los particulares desde el punto de vista del interés privado, no es exacta. Y claro, puede ser que el interés privado se oriente a la persecución del lucro, pero hoy los intereses públicos o los intereses privados ya no son conceptos unilaterales sino que son complementarios y compatibles, y no siempre el interés privado supone lucro.

Ciertamente, la idea de que los intereses públicos implican beneficio económico y patrimonial a la gente supone una visión reducida y restringida de algo que tiene una dimensión más amplia como es el bienestar general de la colectividad.

Por eso, reducir el interés general a esta perspectiva de orden crematística o pecuniaria me parece desacertado. Me parece mucho más interesante sostener perspectivas de lo que es el interés general mucho más abiertas, mucho más amplias y mucho más en la línea de pensamiento complementario, de pensamiento compatible

Por lo tanto, y para terminar les diría que una institución, la de responsabilidad patrimonial, que tal y como está regulada en nuestro Derecho es excesivamente general. Es una institución en crisis por su excesivo alcance, por su excesiva generalidad y por su excesiva uniformidad.

En Francia existe un sistema de responsabilidad por culpa, en Alemania también y en Italia responden los funcionarios de acuerdo también con el Código Civil del precepto del artículo 1902 de nuestro Código Civil.

En Europa, la libre competencia en la materia exige aproximaciones comunes y ya se empieza a hablar de un derecho común de responsabilidad administrativa, y en este sentido España se encuentra en una posición claramente reformable y que en mi opinión permite que nos vayamos acercando a una idea de responsabilidad por culpa, y que la responsabilidad patrimonial debe partir supuestos de funcionamiento anormal del servicio público y que ciertamente incluso, en esos supuestos, si hay dolo, culpa o negligencia grave deba repetir la administración o reclamar la responsabilidad al agente público responsable de esa actuación.

Como dice el profesor Oriol Mir, yo lo comparto, es necesario el deslinde de la responsabilidad patrimonial de otras figuras afines, como puede ser la delimitación de derechos o la asociación forzosa.

Por lo tanto, el artículo 106 de la Constitución no impone la responsabilidad objetiva, ni mucho menos establece eso sí, como regla general, que todo ciudadano debe ser indemnizado cuando se le provoque o le produzca o se le ocasione un bien o un derecho pues una lesión o un daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

Intentar a toda costa hacer derivar del artículo 106 el principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración pública me parece que es una interpretación por supuesto legítima, pero, en mi opinión, no acorde con el modelo del Estado social y democrático de derecho, y que ciertamente hoy en día, ese super-blindaje, ese super-privilegio del que dispone la Administración pública debe ser modulado y debe ser atemperado de acuerdo con las reglas de la razón y de acuerdo también con los principios jurídicos más modernos que nos invitan o nos animan a replantear de nuevo esta institución.

Para terminar, unas reflexiones finales a modo de concesiones provisionales.

El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública española, tal y como lo recoge el ordenamiento español desde hace más de cuarenta años, no parece objetivamente sostenible y precisaría de una rectificación.

Sobre todo porque contra lo que se había llegado a pronosticar, la responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa del derecho civil.

Ni el criterio del “riesgo especial”, tan manejado en Derecho privado en apoyo de la responsabilidad objetiva, justifica una responsabilidad global objetiva de la Administración, ni procedería equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares. Por otra parte, el Artículo 106.2 de la Constitución no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española.

Limitada así la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales, parece que la regla general debería ser la responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Administración. Un funcionamiento “anormal” que habría de entenderse como culpa objetiva y delimitado de acuerdo a exhaustivos estándares normativos de diligencia a elaborar por el legislador y la Administración y, a combinar, con una cláusula general de diligencia que permita conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos.

Justo es reconocer, sin embargo, que ni en el ánimo de los redactores del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, ni en el de los que expusieron, después, el régimen vigente, regulado hoy en la Ley 30/1992, de “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, parece haber existido la pretensión de fijar, de manera absoluta y objetiva, una responsabilidad patrimonial de la Administración que incluyese supuestos ilimitados de indemnización tan pronto hubiese intervenido un agente público. Otra cosa, sin embargo, son las consecuencias que se han deducido del sistema actual, hayan sido previstas o no. Lo cierto es que resulta suficientemente probado que la jurisprudencia ha venido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración hasta tales extremos, que no sólo son desconocidos en países de nuestra órbita, sino que van resultando gravosos para las finanzas públicas.

La causa, como hemos señalado, radica en que, al ser los sistemas de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas excesivamente genéricos e indeterminados, dejan en manos de la jurisdicción el entero instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con grave peligro, pues, para los principios democráticos de seguridad jurídica e igualdad.

Como hemos señalado, el profesor García de Enterría, comprometido tanto en los trabajos prelegislativos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como en su posterior desarrollo, ha venido a reconocer la necesidad de una “reconsideración profunda del sistema legal español de la responsabilidad administrativa”, si bien, para mejorar el sistema, propone el mantenimiento, “con puntualizaciones”, de la fórmula general aceptada. No es esta la postura unánime de la doctrina. En un

tema de tanta trascendencia como éste, aparecen, así, posturas alineadas en sectores enfrentados y, en consecuencia, no parece que pueda hablarse de una doctrina dominante en el crucial punto del alcance que deba tener la responsabilidad patrimonial en la Administración española.

Se ha quebrado, pues, un consenso que duraba más de cuarenta años. En efecto, hasta 1994, sólo Garrido Falla se había apartado abiertamente de la interpretación doctrinal dominante, negando que la normativa española recogiese una responsabilidad objetiva global que cubriese toda actividad administrativa.

Otros autores, como Alejandro Nieto o Lorenzo Martín-Retortillo, no fueron tan lejos y sólo advertían de “ciertos peligros” y a poner de manifiesto algunas dudas y preocupaciones sobre la problemática de la responsabilidad de la Administración.

De forma, ya extensa, ha sido Fernando Pantaleón el que habla, claramente, de la necesidad de revisar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, postura ésta seguida por algunas administrativistas (Parejo, Parada) y civilistas (Coderch).

Son pues ya tantos los autores que critican el sistema vigente que la construcción de un sistema de responsabilidad Administrativa parece absolutamente necesario, máxime cuando el mercado común, la libre competencia y la profundización de la integración política exigen la aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los distintos países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE., en su Artículo 41.3, no hace más que confirmar lo apuntado.

Llegados a este punto, cabría pues preguntarnos por las más inmediatas reformas que deberían acometerse en el sistema español en relación a la responsabilidad patrimonial de nuestras Administraciones. Y, en este sentido, se hace preciso corregir el excesivo alcance, generalidad y uniformidad de nuestro sistema, adaptándolo a las nuevas exigencias, de todo tipo, del siglo XXI, debería contar, al menos, con dos iniciativas:

PRIMERA, Procurar una separación clara de la responsabilidad administrativa de otras das instituciones, como la delimitación de derechos y la expropiación forzosa que, aunque afines, son, sin embargo, instituciones distintas, tanto por sus respectivos orígenes históricos, como por sus respectivos fundamentos, presupuestos y consecuencias jurídicas. Una correcta solución de muchos de los problemas que plantea la responsabilidad civil de la Administración pasa, en gran medida, por una adecuada delimitación de figuras afines.

Es el derecho alemán el que conoce una mayor interrelación entre estas tres instituciones, hasta el punto de que la doctrina suele estudiar en una

A & C. R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 73-86, abr./jun. 2003

misma sede la responsabilidad de la Administración, la expropiación y, en lo concerniente a sus indemnizabilidad, la delimitación de derechos. Las tres instituciones quedan encuadradas, en el derecho alemán, en la categoría general de “prestaciones indemnizatorias públicas”.

Mientras la “delimitación de derechos” cubre todas aquellas medidas de carácter normativo, procedentes del poder público, destinados a conformar el contenido de los derechos individuales, la “expropiación forzosa” abarca toda privación, total o parcial, de derechos e intereses patrimoniales, acordada imperativamente por el poder público, para la satisfacción del interés general. Por último, la “responsabilidad extracontractual de la Administración” cubre los daños derivados “incidentalmente” de la actuación administrativa, siendo, pues, una institución de garantía residual que sólo opera en defecto de las dos instituciones arriba citadas: delimitación de derechos y expropiación forzosa.

SEGUNDA, Procurar que la Administración goce de un sistema “articulado” de responsabilidad que recoja las especialidades de los distintos ámbitos de la acción administrativa. Abandonar, por tanto, un sistema, como el recogido en la LRJPAC, que somete a un mismo régimen de responsabilidad todas las manifestaciones de la actividad administrativa, pese a su gran disparidad.

Se impone, pues, una reforma. Reforma que, sin embargo, sólo puede acometerla el legislador. Y no de manera prudente y escuchando a todos los interlocutores que tengan algo que decir.

Además, hay que tener presente que, en el ámbito civil, aunque también en el penal, quien aparece como responsable es una persona que, en principio, actúa de forma privada, por lo que las reglas reguladoras de estas formas de responsabilidad