

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

Dimitry Berberoff Ayuda

*Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

2.1. Planteamiento

Desde que en 1954, el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa alumbrase en el ordenamiento jurídico español una cláusula general de responsabilidad en la que tenían cabida los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos¹, no han cesado ni las preocupaciones de la doctrina, ni los correctivos de la jurisprudencia, ciertamente más timorata, para evitar la consagración de un sistema de responsabilidad aquiliana desmesurado.

En la práctica, los operadores jurídicos en general y los tribunales en particular nos esforzamos en dedicar extensos razonamientos generales a los requisitos para albergar el éxito de una pretensión de indemnización², dispensando, en ocasiones, una menor atención a otros aspectos, en modo alguno accesorios o secundarios frente a la gran construcción dogmática del instituto de la responsabilidad en sí mismo considerado, como

¹ Los artículos 40 y 41 del Texto refundido de 26 de julio de 1957 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, completaron la evolución, otorgando a los particulares el derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

² Es frecuente, en el devenir de las sentencias y de las resoluciones administrativas que abordan esta cuestión, un tratamiento agotador, excesivo y hasta ornamental, de las premisas necesarias relativas a la acción u omisión, al título de imputación, a la existencia del perjuicio y, finalmente, a la relación de causalidad.

los relativos a la carga de la prueba, o a la propia existencia y extensión del daño, que se cobijan en concepciones demasiado generosas de una responsabilidad, llamada objetiva.

Esta inercia, errónea en su concepción y perversa en sus efectos, se nutre por la creencia, socialmente aceptada, en un *corpus* jurisprudencial monolítico que parece sustentar sin fisuras el carácter objetivo de la responsabilidad, sin reparar en ciertos matices, lógicos ante el exacerbado casuismo reinante, y que invitan, bajo la luz de la lámpara del sosiego, a reflexionar sobre cómo se enfoca la responsabilidad del poder público en otros ordenamientos jurídicos, y en el seno del derecho comunitario, parte integrante, por lo demás, del nuestro³.

El derecho de la responsabilidad, con una base tan simple como la de reparar el daño (indemnidad patrimonial), se maneja con soltura por civilistas, penalistas (*ex delicto*) y administrativistas, y suele ocupar un puesto de honor en la categoría de las materias “preferidas” de cualquier jurista, por lo que no deja de resultar paradójico, que cuando se ligue a comportamientos de la Administración, la inseguridad jurídica, alentada por posturas maximalistas de objetividad, y éstas a su vez, por la ausencia de una regulación completa, necesaria al desgajarse del artículo 1.902 del Código Civil, arrincone la coherencia y dé pábulo a automatismos jurídicos de pesada digestión en la mesa del Estado de derecho.

Por ello, las dudas, aunque abundantes, resultan saludables y tonificantes:

¿Responde a una mera casualidad, que el artículo 106.2 CE, con una vocación abierta, reconozca a los particulares el derecho, en los términos establecidos por la Ley, a ser indemnizados por la lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin mayor precisión?

¿Qué llevó al constituyente a emplear una fórmula tan amplia, pese a los precedentes del artículo 121.1 LEF y del artículo 41 LRJAE? La esperanza concreción, ¿llega de la mano del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, que se refiere al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos?

³ Para ello, parte de este trabajo se inspira en la obra *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, CGPJ, Fundación Wellington, 2006, obra de la que el que suscribe es coautor, junto con Sospedra Navas, F.J.

¿Acaso este precepto colma por sí sólo la previsión (y el mandato implícito de regulación que entraña) del artículo 149.1.18.^a CE? De ser así, ¿por qué razón, el legislador de 1992 (el de la Ley 30/1992) disciplina la responsabilidad de la Administración, conjuntamente con el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, cuando el artículo 149.1.18.^a CE distingue entre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas y las bases de su régimen jurídico?

¿Existe realmente un sistema de responsabilidad anclado sobre bases jurídicas firmes?

¿No será que este aluvión de dudas ha abonado intencionadamente un terreno fértil para la construcción del sistema de responsabilidad a golpe de sentencia?

¿No hubiera sido preferible y necesario que el legislador normase y el juez aplicase la norma, en lugar de asumir un protagonismo que no le corresponde?

¿Demasiados interrogantes?

No hay riesgo de errar en la respuesta a la última de las preguntas que formulo: en efecto, demasiados interrogantes para una institución jurídica, como la de la responsabilidad de la Administración que, erigida en España en el seno del derecho administrativo, impiden extraer, no ya unos dogmas jurídicos infalibles, sino, incluso, unos principios operativos que sirvan con fiabilidad al aplicador del derecho.

Este cúmulo de incertidumbres reclaman unas consideraciones susceptibles de contextualizarse en el plano del derecho comparado, con especial hincapié en si un acto lícito puede activar o no los mecanismos indemnizatorios por la senda de la responsabilidad de la Administración.

Sin ánimo de extraer conclusiones precipitadas, constatar que la sombra de la inseguridad jurídica planea también en los ordenamientos de nuestros vecinos comunitarios genera una falsa impresión de tranquilidad que, quizás, se desvanece al comprender que algunos de ellos no han pretendido construir la responsabilidad de la Administración sobre verdaderos sistemas de regulación autónomos y, todos, sin excepción, se muestran más restrictivos a la hora de diseñar una responsabilidad administrativa sin culpa.

2.2. La objetivización de todo el sistema de responsabilidad vs. la noción objetiva de la culpa: el caso de España

Cuando se habla de responsabilidad objetiva, existe el riesgo de concebir un sistema legal de imputación de la obligación de resarcir los daños, sin tener en cuenta la existencia o no de culpa del agente que los causa. Ahora bien, ello no ha de conducir a preterir la existencia de cierto componente de subjetividad dentro del sistema de responsabilidad, por muy objetivo que éste sea o pretenda serlo.

Separándose de la formulación tradicional (art. 1.902 del Código Civil), que sólo obliga a reparar el daño derivado de las acciones culposas, el artículo 121.1 LEF⁴ da carta de naturaleza a la admisión de la reparación de los daños producidos por una actividad intachable, diligente o lícita de la Administración, pues anuda el nacimiento del crédito indemnizatorio a la comprobación de que el daño fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin proponer una definición de los títulos jurídicos de atribución de la responsabilidad.

A partir de aquí, lejos de forzar interpretaciones en clave subjetivista se llegó a definir un nuevo régimen, eminentemente objetivo, en el que la culpa dejó de ser el criterio exclusivo de atribución de la responsabilidad.

En esta tesitura, la culpa ya no era el fundamento mismo del deber de reparación, pasando a ser un simple criterio de imputación de daños, formulación que permitía trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el de la Administración, por lo que el sistema de la LEF abandonó una concepción monocéntrica del Derecho de la responsabilidad civil, y adoptó un sistema policéntrico que, a partir de una fórmula abierta (la del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) albergaba, no uno, sino diversos títulos de atribución jurídica⁵.

⁴ Artículo 121.1 LEF: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo."

⁵ *Curso de Derecho Administrativo*, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Thomson Civitas, 2005.

Sin embargo, para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, así como para Villar Palasí⁶, no basta la presencia del daño o lesión patrimonial para afirmar la responsabilidad, pues resulta preciso indagar los casos en que su producción pueda imputarse a la Administración, y como aclaró el primero, nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización.

Hauriou consideró que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, junto con el control que sobre la misma ejercen los tribunales, se erigen en los pilares fundamentales de la moderna arquitectura administrativa.

No responde, por este motivo, a una mera casualidad la circunstancia de que nuestra Carta Magna aborde el reconocimiento de ambos aspectos en el mismo precepto, en su artículo 106, que ubicado dentro del Título IV, Del Gobierno y de la Administración, expande su proyección con una fuerza inusitada hasta los más recónditos límites de la relaciones del ciudadano con el poder público.

El artículo 106.2 CE reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El *iter* del proceso constituyente demuestra que la proclamación de un régimen de responsabilidad administrativa no se encontraba entre sus prioridades; de hecho, en el anteproyecto de 5 de enero de 1978 no se incluyó.

En el diario de sesiones de las Cortes de 17 de abril de 1978 figura la redacción del apartado referente a la responsabilidad de la Administración conforme a la redacción propuesta por la enmienda número 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático que, implícitamente, acepta en parte las del Grupo Mixto, que solicitaba la inclusión de un apartado con esta previsión.

El texto expresaba: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en*

⁶ Villar Palasí, J.J., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1972.

cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En la sesión del Senado de 6 de septiembre de 1978, se aprobó la misma redacción.

Dada la falta de debate significativo sobre tal precepto (todos tenían ya en cuenta la experiencia de la LEF), al buscar el puro reconocimiento de un principio de indemnidad patrimonial de los ciudadanos frente a la actuación eventualmente lesiva de los poderes públicos, se desconoce la intención del constituyente al apartarse de la tradicional distinción que recogía tanto el artículo 121.1 LEF como el 40.1 LRJAE.

Mir Puigpelat deduce que si los artículos 121.1 LEF, 40.1 LRJAE y 139.1 LRJPAC aluden específicamente tanto al funcionamiento normal como al anormal de los servicios públicos, al no seguir esa estela el constituyente, parece que no deseara decir lo mismo y, por ende, rechaza consagrar una responsabilidad objetiva global de la Administración⁷.

Frente a ello cabe aducir que el constituyente daba por supuesta la responsabilidad de la Administración por un funcionamiento anormal, ya que, de hecho, lo que se persigue es un funcionamiento correcto de los servicios públicos, por lo que, ante los errores o fallos que generen daños, la reparación surge como evidente, lo que abona *contrario sensu*, que el artículo 106.2 CE admita también una responsabilidad de la Administración en el desarrollo normal de la prestación de sus servicios al ciudadano.

El precepto, aunque no precisa si para la imputación de la lesión sirve de igual manera el funcionamiento normal o anormal del servicio público, al excluir sólo la fuerza mayor, camina sobre la senda del carácter objetivo de la responsabilidad que regula, lo que ha propiciado una intensificación de la tendencia a objetivarla, perdiendo importancia en el campo

⁷ Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002. Este autor señala que la amplia remisión a la Ley impide que la Constitución esté optando por un régimen concreto de responsabilidad administrativa, de modo que afirma que el constituyente no quiso decantarse por ninguna de las dos grandes alternativas que ofrece la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa), dejando la cuestión en manos de lo que el legislador decida en cada momento. A tal efecto, refiere la distinción entre los artículos 106.2 CE y 121 CE, que limita el derecho a indemnización de los particulares (salvo en el caso de error judicial) a los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de justicia.

sustantivo la teoría culpabilista y, en el procesal, ganándola la inversión de la carga de la prueba.

Esta línea lleva a sentar que, acreditada la existencia de un riesgo concurrente en una determinada actividad, quien la desarrolla o quien de ella se lucra u obtiene un beneficio queda obligado a extremar todas las precauciones, sobre todo cuando proyecta un riesgo para la integridad física de las personas, cautelas que se materializan en las facultades de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo, lo que únicamente consta como peligro potencial cierto⁸.

Uno de los errores más comunes se ha perpetrado al identificar la objetivización de la antijuridicidad del daño, con la de todo el sistema de responsabilidad, hasta llegar, incluso, a prescindir del requisito de la culpa.

La antijuridicidad del daño no se conecta en el nuevo sistema con el comportamiento o hecho ilícito del agente dañoso, sino con los efectos perjudiciales que éste podía provocar en la esfera patrimonial de la víctima.

El daño resarcible (antijurídico) deja de ser el producido por violación de una norma, convirtiéndose simplemente, en el provocado con ausencia de un título jurídico legitimador o causa de justificación, idea explicitada en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 actualmente vigente⁹.

⁸ La STS de 22 de septiembre de 2008 efectúa el análisis de la desestimación de una pretensión indemnizatoria, entendiendo que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que ésta deba responder automáticamente de todas las lesiones que sufran los particulares que toman parte voluntariamente en eventos con riesgo, aun cuando, como el caso que trata (lesión ocurrida en festejo taurino por uno de sus participantes) la Administración municipal demandada hubiera suscrito una póliza de seguro para cubrir las posibles responsabilidades dimanantes del festejo. Para que haya responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso que concurren todos los requisitos legales exigibles.

⁹ Las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2005, 18 de julio de 2006 y de 14 de julio de 2008 son expresión de la distinción entre aquellos daños que resultan justificados de los que no lo son a la luz de un análisis de antijuridicidad. Por su parte, la STS de 14 de julio de 2008 expone las doctrinas sobre la responsabilidad de la Administración frente a la reclamación por los gastos de asesoramiento jurídico utilizados para la impugnación de liquidaciones tributarias. Por una parte, refiere aquellas que señalan que no puede pedírsele que soporte los gastos causados por tal asistencia (jurídica) cuando su pretensión ha sido completamente estimada, de las que estiman que no procede considerar antijurídico el detrimento patrimonial sufrido por un ciudadano que retribuye al profesional que le asiste para impugnar un acto de la Administración tributaria por el sólo hecho de su anulación en la vía económico-administrativa y niega tal calificación de antijurídica a los desembolsos por tal concepto realizados para reac-

Con estos ingredientes resultaba fácil inferir que la antijuridicidad se desplaza de la acción al resultado, reforzando de esta manera el carácter objetivo de la responsabilidad¹⁰.

Sin embargo, la no adecuada comprensión de que la objetivización opera en el ámbito de la antijuridicidad del daño, siembra una responsabilidad pública desmesurada que germina en una corriente jurisprudencial vinculada a la demostración de que el daño se ha producido en el seno del servicio público¹¹.

Mir Puigpelat¹² señala que el criterio del riesgo especial no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración, ni tampoco el principio de igualdad ante las cargas públicas.

La propia idea de carga, de sacrificio, en que se basa dicho principio, se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa, adecuándose mejor a los daños expropiatorios, esto es, aquellos que son provocados deliberadamente por el poder público por venir exigidos por el interés general, que constituyen en definitiva un medio necesario para la consecución del fin público.

Obviamente, se trata de un escenario distinto, en el que se busca la reparación del perjuicio, aunque no por la vía de la responsabilidad, sino mediante mecanismos más próximos a la labor asistencial del poder público¹³.

cionar frente a un acto que, pese a ser revocado, se mantiene dentro de unos márgenes razonables y razonados. La Sala se decanta por esta segunda posición, en la que no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico.

¹⁰ Alguna sentencia reciente (STS de 23 de octubre de 2007), parte del carácter objetivo de la responsabilidad y apunta como jurisprudencia consolidada que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

¹¹ Así, en la STS de 7 de julio de 2008 se justifica la responsabilidad de la Administración en el hecho de haber incumplido el deber de colaborar en la práctica de la prueba.

¹² Mir Puigpelat, *op. cit.*

¹³ Garrido Falla, "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", *RAP*, núm. 18, abril 1989. Y del mismo autor "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa", *REDA*, núm. 94, junio 1997, puso el acento en la distinción entre actuación lícita, que anuda a la "indemnización expropiatoria" y actuación ilícita sin título jurídico habilitante, que da lugar a la "responsabilidad".

Esta figura, en modo alguno ha de resultar extraña al jurista español, en la medida que aparece positivizada en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, pues después de proclamar que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, se cuida de afirmar que no lo serán los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Por tanto, la asunción de una responsabilidad objetiva por parte de la Administración, por los daños producidos por su actividad, no es equiparable a las situaciones en que ésta asume un papel asistencial.

Señala Medina Alcoz¹⁴ que muchos han creído “ir de la mano” de García de Enterría al afirmar la existencia de un principio administrativo de garantía que obliga a los Entes públicos a compensar todos los menoscabos que se irroguen; un principio que, según dicen, exige abandonar la perspectiva del Derecho civil, centrada en la conducta dañosa, y que, al prescindir de la comprobación de su carácter culposo o diligente, traslada el punto de inflexión hacia el patrimonio de la víctima, restaurándolo siempre que haya sido dañado por la Administración.

Otras ideas patrocinan la socialización del riesgo, a partir del principio de igualdad ante las cargas públicas, y de una particular lectura del principio de solidaridad, entendiendo que las consecuencias negativas de la actividad pública deben soportarlas todos los ciudadanos (porque a todos beneficia) y no sólo el patrimonio individual del perjudicado, o que la responsabilidad objetiva global se justifica por razones de solidaridad y exigencias de redistribución de riqueza.

Pero, aunque se afirme la vigencia de ese confuso principio de garantía patrimonial, no parece que se emplease para fundamentar un sistema autónomo o especial de responsabilidad patrimonial de la Administración que conectase la obligación resarcitoria con la mera causación de un daño.

¹⁴ Medina Alcoz, Luis, *La responsabilidad Patrimonial por acto administrativo*, Thomson Civitas, 2005.

Se señala que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón de ser ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas¹⁵.

En efecto, la idea de que el instituto aquiliano cambia de fundamento y fisionomía cuando el agente dañoso es la Administración ha generado la creencia de que la teoría general elaborada en ambientes iusprivatistas nada tiene que decir en cuanto a los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, lo que explica también las reticencias doctrinales a utilizar la expresión “responsabilidad civil” de la Administración, prefiriendo en su lugar la de “responsabilidad patrimonial”.

Mir Puigpelat¹⁶ relaciona hasta once razones que impiden seguir sosteniendo la responsabilidad objetiva global de la Administración, apuntando que la misma no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa en Derecho civil, que no existe en los países en nuestro entorno, que el criterio del riesgo especial no la justifica, de la misma manera que no la sustenta ni el principio de igualdad ante las cargas públicas ni el de garantía patrimonial de los administrados, no siendo procedente equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares; añade que el sistema de la responsabilidad objetiva global de la Administración, además de no derivarse del artículo 106.2 de la Constitución, constituye en realidad un subsidio para las compañías aseguradoras privadas, resultando insostenible económicamente e inoperante como un correcto instrumento de canalización de la solidaridad social.

Una prueba evidente de la preocupación que se refleja en la acertada crítica del autor es la existencia de responsabilidad de la Administración incluso en supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos, lo cual parece que se acepta casi como un principio sacramental por la jurisprudencia, sin cuestionarse la bondad o perversión de estos supuestos.

El silogismo es el siguiente: responsabilidad objetiva significa asimismo responsabilidad en caso de funcionamiento normal, lo que unido al principio de reparación integral convierten a nuestro sistema de responsa-

¹⁵ García de Enterría, *op. cit.*

¹⁶ Mir Puigpelat, *op. cit.*

bilidad en una especie de seguro universal, dispuesto –o mejor dicho predispuerto por el legislador y por una errónea hermenéutica jurisprudencial– a responder prácticamente en todos aquellos supuestos en los que se produce un daño, lo cual no lo convierte en un sistema más tuitivo para el ciudadano, toda vez que los inconvenientes del sistema terminarán por hacer fracasar el mismo ante el propio efecto llamada que provoca y que se materializa en la inquietante y desenfrenada postura social de reclamar siempre que exista un daño.

No se trata de constreñir o limitar el legítimo ejercicio de la acción por quien se crea perjudicado ante una actuación administrativa, sino precisamente de redefinir y distinguir lo que es ejercicio legítimo de auténtico abuso de derecho.

Tampoco ha de eliminarse la idea de objetividad, sino de hacer valer la misma en el ámbito de la culpa, la cual es consustancial a todo sistema de responsabilidad, surgiendo así la noción objetiva de culpa.

En este sentido, María Pilar Ochoa Gómez¹⁷, aun manteniendo que la culpa no constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, entiende que no es menos cierto que la manera de revelarse la actuación administrativa no es intrascendente en la dinámica del sistema de responsabilidad.

La afirmación cobra especial relevancia desde el momento que la autora mantiene que el principio de integridad en la reparación no puede referirse únicamente a un sector de la actuación administrativa, en concreto aquel que es disconforme con el ordenamiento, sino que se proyecta sobre cualquier acción u omisión, lícita o ilícita, de la Administración, que reúna las notas del artículo 139 de la Ley 30/1992.

El propio Mir Puigpelat afirma que poner fin a la responsabilidad objetiva global no significa eliminar la responsabilidad objetiva de la Administración, pero sí limitarla mucho, de forma tal que la responsabilidad no deba ser ya siempre objetiva, sino sólo excepcionalmente, debiendo pivotar fundamentalmente sobre el concepto de funcionamiento normal de los servicios públicos.

¹⁷ Ochoa Gómez, María Pilar, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2005, analiza el papel de la culpa del sistema de responsabilidad objetiva, y se pregunta si la culpa es un elemento del contenido normativo de lesión.

En definitiva, y recapitulando lo dicho, la responsabilidad objetiva no debe ser entendida como aquella que dé lugar a la indemnización por la sola existencia de un daño, sino que lo deseable sería que la objetividad funcionase como auténtico vector en la idea de culpa (surgiendo así la noción de culpa objetiva) y únicamente sobre el concepto de funcionamiento normal de la gestión o del servicio público, y sin caer en la tentación de vincular de forma inexorable anormalidad con resultado, dado que en puridad jurídica la anormalidad debería predicarse de la acción u omisión, en definitiva de la conducta de la Administración, sin que ello suponga desterrar en absoluto el carácter objetivo aunque sí el epíteto global.

2.3. Una aproximación al derecho comparado

En el ámbito de la Unión Europea, pocos son los Estados que admiten, como regla general, una responsabilidad de la Administración derivada de un actuar conforme a derecho; esta posibilidad se prevé, con un rico registro de matices, en Francia, Países Bajos¹⁸, Portugal¹⁹, Bélgica²⁰ y España.

¹⁸ Sin perjuicio de reglas de tipo sectorial, la obligación de la Administración de indemnizar el perjuicio causado por un acto ilícito no se recoge con carácter general en la legislación de los Países Bajos, lo que confirma su creación pretoriana por la jurisprudencia, primero administrativa, fundamentada en el principio de igualdad de los individuos ante las cargas públicas, y luego por el juez civil.

¹⁹ Pese a que el artículo 22 de la Constitución de Portugal considera civilmente responsables, y además con carácter solidario, al Estado, o a otras Entidades públicas, así como a los miembros de sus órganos, funcionarios o agentes, por todas las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de sus funciones de las que deriven una violación de derechos, libertades o garantías, o (simplemente) un perjuicio para otro, la jurisprudencia parece resistirse a fundamentar el derecho a indemnización cuando el daño proceda de un acto lícito, pues sin perjuicio de reconocer la reparación, no la deriva de una responsabilidad civil extracontractual, ni por ende, del artículo 22 de la Constitución, erigiendo en definitiva un derecho a la indemnización, independiente de la responsabilidad civil, y fundado en la Constitución en su conjunto (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/06, de 8 de marzo de 2006).

²⁰ La responsabilidad aquiliana se compone sobre bases de derecho común, que resultan aplicables tanto a los particulares como a las Administraciones Públicas, tal y como pone de manifiesto Uyttendaele, M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 564. Ese derecho común emana de los artículos 1.382 y siguientes del Código Civil, que pivotan sobre consideraciones de culpa, concibiendo la responsabilidad por acto lícito, como un sistema complementario basado en el principio general de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, cuya génesis es exclusivamente jurisprudencial.

Más numerosos, en cambio, son los que militan en el no reconocimiento general de una indemnización por acto lícito: Austria²¹, Chequia, Chipre, Dinamarca²², Eslovaquia, Eslovenia²³, Finlandia²⁴, Grecia, Hungría, Italia, Polonia²⁵, Reino Unido, Rumania y Suecia²⁶.

Bajo la égida de la ambigüedad, en los ordenamientos jurídicos de Irlanda, Luxemburgo y Alemania emergen razones de solidaridad y de equidad para fundamentar la responsabilidad por actos lícitos, aunque no se generaliza un reconocimiento de la responsabilidad sin falta.

Sin perjuicio de lo hasta ahora expuesto, siempre que se aborda un estudio desde la perspectiva del derecho comparado, la prudencia impone limitar los ordenamientos a analizar, a los efectos de racionalizar mínimamente el debate.

Siguiendo esta premisa, el presente epígrafe se atiene a una doble restricción, toda vez que, en primer lugar, centraré mi atención, tomando ejemplo de los tres grupos enunciados *ut supra*, en Alemania, en Francia, en Italia y en el Reino Unido y, en segundo término, sin esbozar una visión general de la responsabilidad de la Administración en esos países, únicamente pretendo indagar si en ellos resulta posible indemnizar los perjuicios derivados de un acto lícito, con independencia de que fuera normativo o de mera ejecución.

²¹ El artículo 23 de la Constitución federal austriaca exige, para que exista responsabilidad derivada por la ejecución de las leyes, una acción ilícita a partir de un comportamiento culpable, sea doloso, sea no intencional. Algún autor, Schrangl, W., *Kommentar zum Amtshaftungsrecht*, Manz, Wien, Ed. 2000, pp. 86 ss., apunta que un comportamiento no culposo no engendra en principio responsabilidad, si bien es suficiente que exista violación de la diligencia objetiva, lo que determina no tener en consideración las capacidades individuales de evitar el daño por parte del órgano que lo ha causado.

²² No obstante, cabe la responsabilidad sin culpa frente a los actos materiales, como por ejemplo obras públicas, siempre y cuando el perjuicio fuese particularmente importante.

²³ Llama la atención el artículo 26.1 de la Constitución eslovena que anuda el derecho a reparación del perjuicio a un comportamiento ilícito.

²⁴ En Suecia, así como en Finlandia, el régimen general de responsabilidad se basa en la culpa, que resulte exigible asimismo con relación al poder público.

²⁵ Según el código civil polaco ni siquiera es posible destilar responsabilidad para el poder público por los perjuicios causados por un acto normativo ilícito, derogación que se justifica, según el Tribunal Constitucional, por la particular función de los órganos administrativos, consistente en asegurar la protección de las libertades y los derechos de las personas.

²⁶ *Vid.* nota 24.

Alemania

Desde una perspectiva conceptual, los poderes públicos contraen en Alemania responsabilidad cuando incumplen un deber u obligación y, por lo tanto, su acción deviene ilegítima.

Inicialmente, la responsabilidad patrimonial de la Administración se formuló como una responsabilidad indirecta, consecuencia de los actos ilícitos de funcionarios y agentes susceptibles de generar la responsabilidad de los mismos en los términos del código civil alemán²⁷.

La responsabilidad patrimonial del Estado en Alemania carece de un tratamiento jurídico unitario y sistemático²⁸, aunque de ella se sustantivizan, claramente, la indemnización expropiatoria y la responsabilidad por riesgo, así como otras acciones de reparación que derivan de las relaciones contractuales o de obligaciones sujetas al Derecho Administrativo.

El sistema alemán de responsabilidad del Estado presenta una garantía de reparación en su totalidad²⁹, cuando se trata de responsabilidad por actos de los entes públicos, clasificándose según sean por actos administrativos, por hechos jurídicos y por inejecución, que dan lugar a tres especies institucionales distintas: la responsabilidad propiamente dicha, ligada a una actuación ilícita productora del daño; indemnización de derecho público, que cubre los daños causados lícitamente y, finalmente, la que comprende la doctrina del riesgo y la de las intervenciones antijurídicas sin culpa.

²⁷ El *Bürgerlichen Gesetzbuch* (BGB), que entró en vigor el 1 de enero de 1900, reguló la responsabilidad personal de los funcionarios e incluso la del Fisco por las actuaciones de sus órganos, pero omitió toda referencia a la responsabilidad de los poderes públicos. Posteriormente, los Lander trasladaron la responsabilidad personal del funcionario al Estado, modelo que seguiría para sus funcionarios la Ley de Responsabilidad del Imperio de 22 de mayo de 1910 y recogida por el artículo 131 de la Constitución de Weimar.

²⁸ La Ley alemana de responsabilidad patrimonial del Estado, de 26 de junio de 1981, que por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1982 se declaró inconstitucional, abandonando el tradicional principio de culpa, proclamó la responsabilidad objetiva de la administración, de modo que ésta tenía lugar cuando el poder público infringía un deber de derecho público que le obligaba frente a otro.

²⁹ Barnés, Javier, *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos, 1996. Según el autor, la acción de responsabilidad para la indemnización de daños y perjuicios se circunscribe a la lesión causada por aquellas actuaciones administrativas que son ilegítimas y culposas; la intervención expropiatoria o expropiación cubre aquellos supuestos en los que la injerencia o intervención de los poderes públicos es en sí misma legítima; y la figura de la intervención de efectos expropiatorios ofrece la cobertura indemnizatoria a las acciones del Estado legítimas, en las que no concurre culpa.

En virtud de normas especiales, determinadas acciones escapan a las normas generales que rigen la responsabilidad de Estado. Una actuación de la Administración ajustada al ordenamiento jurídico sólo dará derecho a indemnización en los supuestos de responsabilidad por riesgo especial previstos por Leyes especiales y aplicables por igual a la Administración y a los particulares.

La jurisprudencia, inspirándose en la dogmática de la expropiación forzosa, considera aplicable con carácter subsidiario la denominada técnica de las intervenciones de alcance expropiatorio (*enteignender Eingriff*) con base en el artículo 14 de la Ley Fundamental³⁰, referido al derecho de propiedad, de manera que han de repararse los menoscabos del citado derecho, incluso, cuando aparezcan como una consecuencia colateral o atípica del acto de la Administración.

Dado que la acción indemnizatoria por intervención administrativa de alcance expropiatorio sólo tiene por objeto indemnizar el daño antijurídico sufrido por el derecho de propiedad, y no alcanza los producidos sobre otros bienes diferentes sin carácter patrimonial, fácilmente se colige que la reclamación ha de presentarse ante la jurisdicción civil³¹, frente a la Administración beneficiaria del perjuicio³².

Bajo estos planteamientos, la responsabilidad objetiva nace cuando el acto genera una situación de peligro individual y extraordinario, un riesgo especial, que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos.

Nuevamente, se evidencia el habitual manejo de categorías tales como las de carga particular o límite razonable de sacrificio, en aras de un mecanismo de compensación que, en puridad, no atañe a la responsabilidad *stricto sensu* ni obviamente a la expropiación.

Ahora bien, las condiciones para su puesta en práctica se encuentran perfectamente definidas por la jurisprudencia, toda vez que las afecciones negativas a la propiedad pueden derivarse de un acto legal o de hecho³³, aunque han de ser consecuencia directa o inmediata (*Unmittelbarkeit*) de los mismos, en el sentido que concreten los riesgos típicos a ellos inherentes³⁴;

³⁰ Grundgesetz (GG).

³¹ BGHZ 91, pp. 20 y 28.

³² BGHZ 134, pp. 316 y 321.

³³ BGHZ 94, p. 373.

³⁴ BGHZ 125, 27 y 37.

tampoco se descuida el requisito de la carga particular (*Sonderopfer*) de manera que el perjuicio del derecho de propiedad ha de exceder de lo que su titular ha de aceptar como una injerencia razonable de los poderes públicos, y aunque no existen criterios generales para integrar el concepto jurídico indeterminado de carga particular, se suelen utilizar el de la gravedad y el de la extensión de la injerencia³⁵.

En la actualidad, por tanto, la culpa y la antijuridicidad siguen siendo los ejes vertebradores del sistema de responsabilidad de la Administración³⁶.

Francia

En el Antiguo Régimen, desplegaba su señorío el principio de irresponsabilidad del Estado y de su Administración, que se hizo extensivo a los jueces, dada la prohibición de perturbar las operaciones de los cuerpos administrativos.

Los meandros de los años cincelaron un cierto número de excepciones a la regla de incompetencia, admitiéndose que la Administración fuese responsable cada vez que actuase como simple particular, con sujeción a las mismas reglas jurídicas, aunque pronto surgieron las especialidades.

De este modo, ya en el siglo XIX se promulgó la ley sobre la reparación de daños causados por las maniobras de las Fuerzas Armadas, y en el siglo XX se promulgaron leyes específicas referidas a los accidentes en las escuelas públicas o la reparación de daños causados por vehículos de la Administración.

Una característica especial del sistema francés consistía en que la incompetencia para proclamar responsable a una persona pública no fagocitaba la declaración de responsabilidad del funcionario público, de modo que se abría a los particulares la posibilidad de presentar demanda por los daños sufridos, frente al funcionario que los causó.

³⁵ BGHZ 117, p. 240 y 252.

³⁶ Así ha sido planteado en el proceso derivado del derrumbe del techo del pabellón de pistas de hielo de Bad Reichenham el día 2 de enero de 2006, en el que se ha dirimido la responsabilidad por negligencia no sólo del arquitecto y del constructor sino de un empleado de la Administración.

Debido a esta circunstancia, el *Conseil d'État* se esmeró en crear el derecho público de la responsabilidad, partiendo de la distinción entre actos de poder público y actos de gestión, de tal forma que no sólo se indemnizaran los perjuicios de la depreciación de la propiedad privada, sino también las reclamaciones dirigidas a reparar los daños accidentales, previo examen de la responsabilidad general de la Administración.

A partir del *arrêt* Tomasso Greco³⁷, el principio de irresponsabilidad del Estado se abandona también para los actos de poder público, respondiendo, en lo sucesivo, de las faltas de los servicios públicos.

La evolución experimentada de la responsabilidad sin culpa se muestra significativa, pues, de los daños que habían sido producidos de forma deliberada a los propietarios por los encargados de ejecutar las obras públicas; se pasó, ya a principios del siglo XIX, a no distinguir entre los daños impuestos legal y voluntariamente por el poder y los causados accidentalmente, aun cuando la doctrina distinguía los primeros, por tener que ser reparados en virtud del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas³⁸ y, los segundos, en virtud del principio del riesgo³⁹.

El *arrêt* Blanco de 8 de febrero de 1873 (*Tribunal des Conflits*) vino a reconocer la responsabilidad del Estado en torno a los principios de la culpa y la falta del servicio, que se completa con la falta personal del funcionario causante del daño, consagrando el principio de especialidad que llega hasta nuestros días: “... *la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier [...] cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés...*”.

³⁷ *Conseil d'Etat*, 10 de febrero de 1905.

³⁸ A través de la aplicación del artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, recogidos por la Constitución francesa de 1946 y la de la V República (1958). En principio, sólo los daños anormales son susceptibles de ser reparados sobre la base del principio de igualdad de cargas. A título de ejemplo, los daños permanentes por los servicios públicos; los resultantes de la negativa de la Administración de ejecutar las decisiones judiciales; los resultantes de la aplicación de las leyes y reglamentos. Rivero, J., *Droit Administratif*, París, 1962.

³⁹ Indemnización a los vecinos de la Administración que han tenido que soportar los riesgos anormales de tal vecindad: depósitos de municiones que explotan (Consejo de Estado, 1919), establecimientos de educación cuyos pensionistas cometen hurtos, etc.

La nota de antijuridicidad, en su sentido tradicional, surge como consustancial a la posibilidad de reconocimiento de la responsabilidad de los Entes públicos por su actuación⁴⁰.

Como supuestos concretos de responsabilidad objetiva y sin ánimo agotador, cabe citar, a título de ejemplo, los daños accidentales sufridos por terceros como consecuencia de obras o instalaciones públicas, o por la especial peligrosidad de algunos métodos o situaciones (explosivos, armas de fuego, productos sanguíneos), así como las reparaciones acordadas en beneficio de los colaboradores ocasionales de la Administración⁴¹, e incluso espontáneos⁴².

No obstante, el rigor en la consideración de la culpa se matiza en el ámbito médico⁴³.

La responsabilidad sin culpa⁴⁴, de origen jurisprudencial, se funda en el principio de igualdad ante las cargas públicas, ante un perjuicio anormal y especial⁴⁵ causado a un particular por una decisión administrativa legal.

Esta responsabilidad surge, también, en aquellos casos en los que el poder público se encuentra en el origen del perjuicio anormal o especial,

⁴⁰ “*Faits ou actes de l’Administration califiés comme fautifs*”. Larrouy-Castéra, en una nota publicada en *Geode* el 14 de abril de 2005 apuntaba que la resolución del Consejo de Estado de 2 de octubre de 2002 (*arrêt Grondin*), señaló que el servicio departamental no podía ignorar el riesgo de inundación del sector donde concedió el permiso de construir al matrimonio Grondin, por lo que consideró a la Administración responsable de los daños producidos por la eventual inundabilidad de la parcela.

⁴¹ Por ejemplo, un obrero del Estado: *Arrêt Cames*, CE, 21 de junio de 1895, Rec. p. 509.

⁴² Quienes prestan su ayuda para la detención de un delincuente (CE, 1953, Pinguet).

⁴³ El *Conseil d’État* de 10 de abril de 1992 (Monsieur et Madame V.) que suprime la exigencia de una falta calificada de grave para admitir la responsabilidad de un establecimiento de salud derivada de un acto médico. En este último caso, se trataba de una sucesión de errores que aisladamente considerados no eran graves pero que, en su conjunto, podían constituir un comportamiento negligente. Esta decisión mantiene la obligación de medios y no de resultado que afecta a la medicina. Por otra parte, también resultan significativas las tres Sentencias de 26 de mayo de 1995, en los asuntos *Consorts Pavan, M. Jouan y Consorts N’Guyen*, en los que se señala la responsabilidad sin culpa de los centros de transfusión sanguínea por la contaminación por VIH derivados de la transfusión de productos sanguíneos contaminados y ello debido a la naturaleza de la obligación que pesa en este tipo de centros.

⁴⁴ Entre la bibliografía específica, Vincent, F., *Responsabilite sans faute, Jurisclasseur Administratif*, Fasc. 824, 2004.

⁴⁵ CE, 30 de noviembre en 1983, *Couitéas*, Rec. p. 789. Entre la bibliografía reciente destaca Vincent, F., *Responsabilite sans faute, Jurisclasseur Administratif*, Fasc. 824, 2004.

en razón de su rechazo a colaborar en la ejecución de una decisión judicial pese a la solicitud de los beneficiados por ella⁴⁶, o por rehusar el empleo de la fuerza pública⁴⁷.

Ello no obstante, el juez administrativo rechaza indemnizar los perjuicios debidos al aleas inherente al comercio por entender que no deben ser soportados por la colectividad⁴⁸.

En suma, aunque el Conseil d'État ha proclamado la responsabilidad de la Administración por los perjuicios derivados de sus actos lícitos, se muestra muy exigente con la prueba de la anormalidad y de la especificidad del daño, sin que a partir de estos supuestos puntuales quepa inferir que el sistema extraña la responsabilidad por culpa, entendida en clave objetiva, es decir, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos que viene a representar la desviación del modelo o patrones prefijados⁴⁹.

⁴⁶ Como ocurre en el *arrêt* Couitéas, ya citado.

⁴⁷ La inacción por parte de la fuerza pública, aunque no concorra culpa, puede dar lugar a la reparación del perjuicio especial o anormal derivado del rechazo de emplearla: CE, 27 de mayo de 1977, SA Victor-Delforge.

⁴⁸ Al margen del citado *arrêt* Lavaud, podemos señalar el *arrêt* Tebaldini de 26 de mayo de 1965, en el que se reclamaba una indemnización por el descenso de la clientela debido a la construcción de una nueva carretera. En el asunto Lavaud de 31 de marzo de 1995, se examinaba la responsabilidad sin falta de la administración respecto a los perjuicios sufridos por un farmacéutico que había abierto una oficina de farmacia en un sector donde la administración decidió la demolición de una gran parte de los edificios y que, de hecho, dejó al farmacéutico sin clientela potencial. En este caso, el tribunal niega la responsabilidad por considerar que el farmacéutico asumió dicho riesgo al formar parte del aleas normal de una actividad económica.

⁴⁹ Como grandes procesos en Francia, en materia de responsabilidad, cabe citar: el de 8 de febrero de 1873 - Blanco, sobre la competencia del juez administrativo para conocer de la responsabilidad por razón de los daños causados por los servicios públicos; el de 30 de julio de 1873 - Pelletier, sobre la responsabilidad de la Administración y sus agentes; el de 21 de junio de 1895 - Cames, sobre el nacimiento de la responsabilidad sin falta; el de 10 de febrero de 1905 - Tomaso Grecco, sobre la responsabilidad en materia de policía; el de 26 de julio de 1918 - Epoux Lemonnier, sobre la responsabilidad de la Administración por las faltas cometidas por sus agentes; el de 28 de marzo de 1919 - Regnault-Desroziers, sobre la responsabilidad por riesgo; el de 30 de noviembre de 1923 - Couitéas, sobre responsabilidad por quiebra de igualdad ante las cargas públicas; el de 14 de enero de 1938 - Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette", sobre la responsabilidad de acto legislativo; el de 18 de noviembre de 1949 - Demoiselle Mimeur, sobre la responsabilidad de la Administración en caso de falta no desvinculada del servicio; el de 28 de julio de 1951 - Laruelle et Delville, sobre la responsabilidad de los agentes públicos y la acción de regreso de la Administración; el de 28 de mayo de 1971 - Ville Nouvelle-Est, sobre la expropiación por

Italia

La formulación de la responsabilidad de la Administración en Italia⁵⁰ discurre de un precepto legal contenido en el Código Civil italiano⁵¹.

Se consideraba, inicialmente, que los daños que causara el Estado a los particulares respondían a caso fortuito o a fuerza mayor y, como ocurría en Francia, se negaba toda responsabilidad por actos de la Administración, imputándose la culpa, en todo caso, a sus agentes y funcionarios.

De este modo, a mediados del siglo XIX, surge una corriente favorable a la aplicación del derecho civil a toda la actividad administrativa o a los daños que ésta ocasionaba⁵², pero al no vencer el derecho común las reticencias frente a la vinculación del Estado, al precisar éste de instrumentos adaptados a su singular naturaleza, se introdujo la diferenciación entre actos de la Administración, en los que actúa *ex imperio*⁵³, y aquellos en los que lo hace como sujeto de derecho privado.

Mediante la Ley de 31 de marzo de 1889 se crea un órgano de control de naturaleza jurisdiccional para la Administración, lo que motivó, en la práctica, la irresponsabilidad de la actividad administrativa *ex imperio*, pues el Tribunal de Casación entendió que para que prosperase una condena, debía previamente obtenerse la anulación del acto ilegal, acudiendo primero al juez administrativo y después demandando a la Administración ante el juez ordinario.

Durante la primera mitad del siglo XX la idea de la irresponsabilidad por los actos *ex imperio* evoluciona hacia la de los actos discrecionales, no alcanzando la inmunidad jurisdiccional y patrimonial a los actos reglados, por lo que el siguiente paso fue extender el control a los actos discre-

causa de utilidad pública y la teoría del balance; el de 10 de abril de 1992 - Epoux V, sobre la responsabilidad del servicio público hospitalario.

⁵⁰ Renato Alessi, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955.

⁵¹ Artículo 2.043 Código Civil italiano: "Cualquier hecho dañoso o culposo, que causa a otro injustamente un daño obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

⁵² Medina Alcoz, Luis, *op. cit.*

⁵³ La Sentencia de 25 de enero de 1884 del Tribunal de Apelación de Venecia es un ejemplo en el que la jurisprudencia abandona la tendencia anterior a aplicar, en la medida de lo posible, el derecho común a las actuaciones de la Administración. En ella se planteaba la reclamación por los daños sufridos por el cierre de compuertas durante una inundación y el Tribunal declinó su competencia por tratarse de una cuestión de interés general.

cionales, sobre la base del principio de diligencia y el respeto, entre otros derechos, a la propiedad de los administrados.

La Constitución de 1947⁵⁴ ahonda en el control, añadiendo el adjetivo “injusto” en la cláusula general de responsabilidad, concretando, así, la categoría de lesiones resarcibles.

En la actualidad, la responsabilidad de la Administración se funda en el Código Civil, y se rige por las reglas generales previstas en el mismo⁵⁵.

Para el criterio de imputación de la conducta lesiva, el legislador ha adoptado el criterio subjetivo o de culpabilidad, y ciñe la finalidad sancionadora a las acciones dañosas y culposas de los agentes públicos.

Se estima que para proclamar la responsabilidad de la Administración no es necesario demostrar la conducta dolosa o culposa del agente y, por ello, parece tener en principio un carácter objetivo, en el sentido de una abstracción de la culpa, aunque levísima, del autor del acto o del hecho ilícito, aunque, en realidad, no debe olvidarse que la responsabilidad del poder público⁵⁶ es siempre engendrada por efecto no de un acto formal, sino de un comportamiento, por lo que el elemento subjetivo del agente previve, y se encarna en haber actuado de modo incompatible con la norma que debería haber observado.

De este modo, la Administración queda sometida al mismo régimen de responsabilidad civil que los particulares⁵⁷.

Un ejemplo de esta posición, lo encontramos en la sentencia del *Consiglio di Stato* de 27 de diciembre de 2007, en relación con el resarcimiento de los daños físicos derivados de un accidente por ejercicios mili-

⁵⁴ El artículo 28 de la Constitución Italiana señala que “los funcionarios y empleados del Estado y de las Entidades Públicas son directamente responsables –de conformidad con las leyes penales, civiles y administrativas– de los actos cuya realización determine la violación de los derechos de los ciudadanos”.

⁵⁵ Sentencias del Tribunal de Casación de 3 marzo de 2001, núm. 3132, y de 29 de marzo de 2004 núm. 6199.

⁵⁶ En la Sentencia de 22 de julio de 1999, la Corte de Casación italiana ha reforzado el requisito de la culpa, insistiendo en la necesidad de que la misma concorra para que nazca la responsabilidad administrativa, acabando, de hecho, con la presunción de culpabilidad de los actos administrativos contrarios a Derecho existente con anterioridad.

⁵⁷ De hecho, la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos como criterio para fundar la responsabilidad de la Administración Pública ha quedado sin efecto, aunque siga vigente la dualidad de jurisdicciones. En esta línea, Virga, P., *Diritto Amministrativo*, 1, Milano, 2001, p. 301.

tares⁵⁸, en el que se pondera la violación por el militar accidentado de una disposición de servicio a observar durante los ejercicios de tiro, negando la responsabilidad de la Administración en dicho suceso.

Por su parte, la Sentencia de 30 de marzo de 2000⁵⁹ fija la noción objetiva de servicio público.

En resumen, no hay responsabilidad sin culpa bien identificada, o si se prefiere, sin acto ilícito que menoscabe el derecho del particular, toda vez que el propio *Consiglio di Stato* ha considerado que la afirmación eventual de este tipo de responsabilidad afectaría de forma perjudicial al principio constitucional de igualdad, dado que la Administración debe estar sometida a la misma disciplina que los particulares, para quienes la responsabilidad sin culpa, además de excepcional, se relaciona sobre todo con el ejercicio de actividades peligrosas⁶⁰.

Ahora bien, también de forma excepcional, cuando la Administración obra conforme a la Ley, a los efectos de satisfacer el interés general, y provoca un menoscabo en el derecho subjetivo del particular, resulta obligada a pagar una indemnización, destinada a reparar de forma equitativa el perjuicio sufrido⁶¹, pese al principio de solidaridad que enuncia el artículo 2 de la Constitución italiana, en cuya virtud el ciudadano ha de aceptar las limitaciones razonables de sus derechos, en aras de los intereses generales de la colectividad.

Obviamente no se trata de una auténtica responsabilidad que, por definición, únicamente puede inferirse de un comportamiento ilícito, por lo que esta hipótesis indemnizatoria se fundamenta más bien en la aplica-

⁵⁸ *In altri termini, il pur –per altri versi– apprezzabile intento di evitare pregiudizio all’incolumità fisica della persona presente nell’area di tiro (“i militari si portavano celermente verso tale persona”, espone la relazione di servizio in data 20.4.1998) si pone in violazione di una precisa disposizione di servizio, che non consentiva alla “vendetta” di allontanarsi dalla postazione assegnata durante le operazioni di tiro, con ciò, determinando un comportamento censurabile del militare, le cui conseguenze non possono fare carico all’Amministrazione che, per converso, ha posto in essere tutti gli accorgimenti richiesti dalla disciplina normativa in tema di sicurezza nel poligono di tiro, sì che non può ad essa addebitarsi una condotta colposa o dolosa causativa dell’evento.*

⁵⁹ La Sentencia del Tribunal de Casación de 30 de marzo de 2000 dirime una reclamación de un farmacéutico de Caserta contra la Administración de Campania por la no prescripción de medicamentos por parte del servicio sanitario nacional en el período de julio a diciembre de 1999 y, a consecuencia del cual, se generaron unos perjuicios (falta de ventas) para el mismo.

⁶⁰ Sentencia de 18 de octubre de 2002, núm. 5879.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Casación de 2 de abril de 2001, núm. 4790.

ción general de reconstituir parcialmente el patrimonio del particular, tal y como ocurre, por ejemplo, con un procedimiento de expropiación o ante las cargas derivadas de contratos impuestos por la Administración.

Reino Unido

Bajo el reinado de Eduardo I⁶² se introdujo un procedimiento para presentar reclamaciones contra el Rey, a través de un sistema de petición de derecho, conocido como *Proceedings against the Crown*⁶³.

Como el sujeto no tenía derecho de acción, el rechazo real a considerar su petición era irresarcible, dada la máxima *the King can do no wrong*⁶⁴.

El derecho de petición era idóneo para todas las acciones relativas a la propiedad, en un sentido ciertamente amplio, de modo que era esgrimido no sólo para recuperar la tierra sino para reclamar los daños derivados de una interferencia sin asentimiento del propietario.

A partir del siglo xv, la petición de ese derecho cayó en un virtual desuso debido al complicado procedimiento instaurado para su ejecución.

Con el establecimiento de la monarquía constitucional se distinguió la capacidad pública y privada del Rey, pudiendo ser sujeto de obligaciones, aunque sin reconocimiento legal práctico.

En consecuencia, la Corona, como la personificación del Estado inglés, acordó que le correspondían todas las inmunidades y prerrogativas

⁶² Después de la conquista normanda se impuso la necesidad de ley y orden, con un gobierno central fuerte debido a las aspiraciones de los reyes normandos y angevinos. El sistema conocido como "*petition of right*" se plasmó en las *Proceedings against the Crown* (1216-1377).

⁶³ Street, H., *Governmental liability*, Cambridge University Press, 1953.

⁶⁴ Resulta particularmente ilustrativo el caso de Cockburn, C.J. en Feather, en el que se recoge de forma clara y meridiana la filosofía subyacente, cuando señala "... a *petition of right in respect of a wrong, in the legal sense of the term, shows no right to legal redress against the Sovereign. For the maxim that the King can do no wrong applies to personal as well as to political wrongs; and not only to wrongs done personally by the Sovereign, if such a thing can be supposed to be possible, but to injuries done by a subject by the authority of the Sovereign. For, from the maxim that the King cannot do wrong it follows, as a necessary consequence, that the King cannot authorise wrong. As in the eye of the law no such wrong can be done, so, in law, no right to redress can arise; and the petition, therefore, which rests on such a foundation falls at once to the ground*".

originalmente personales del Rey, así como las de sus agentes, en tanto que, como servidores de la misma no podían errar, difuminándose los límites entre los actos del soberano o los del gobierno.

El siglo XIX supuso la reactivación del uso de la petición de derecho. Se pasó así a promulgar la *Petitions of Right Act* (1860) que introdujo un procedimiento más simple del que se venía desarrollando desde el siglo XIV. No obstante, la inmunidad de la Corona fue confirmada en diversas decisiones, lo que originó las protestas de importantes grupos de presión, como la banca y la prensa, llevando a considerar que el *Rule of law* permitía acciones civiles contra los funcionarios responsables igual que frente a otros ciudadanos.

En 1921, Lord Chancellor designó un comité que en 1927 presentó un proyecto para abolir la “*petition of right*” y hacer a la Corona responsable de sus actos. No prosperó.

La Segunda Guerra Mundial (1939-1945) llevó a un programa de nacionalizaciones que propició que el gobierno incrementase las inmunidades, por lo que el Vizconde Jovitt promovió un proyecto en la Cámara de los Lores, que derivó en la *Crown Proceeding Act* de 31 de julio de 1947, que somete a la Corona a la misma responsabilidad que una persona privada, tanto por razón de los daños cometidos por los funcionarios⁶⁵, como por el incumplimiento de las obligaciones de todo empresario para con sus servidores y agentes.

Las autoridades públicas, tradicionalmente, se han beneficiado de una exoneración de responsabilidad cuando los perjuicios se han suscitado a través de actos autorizados por la ley (*defence of statutory*), si bien existen casos, limitados y específicos, en los que cabe derivar una responsabilidad para la Administración, en la hipótesis de actuaciones conforme a derecho.

Propicia este nuevo escenario, el denominado régimen de *torts* (en realidad, *strict liability torts*)⁶⁶, en el que, si bien la necesidad de culpa (intencionalidad o negligencia) constituye una condición *sine qua non* para la responsabilidad no contractual de la Administración, aparecen

⁶⁵ En tal sentido, hubo un amplio debate respecto de la definición de “*officer of the Crown*”, pues se consideraba que excluía a la policía, ya que ni era designada ni pagada por la Corona.

⁶⁶ Conviene hacer la distinción entre los regímenes de *tort*, propio del *techo inglés*, y el de *delict*, en la órbita del derecho escocés.

supuestos de responsabilidad sin culpa, como los de generación de una situación particular y anormal de peligro, o como consecuencia de la inobservancia por parte de la Administración de un deber impuesto por la Ley⁶⁷.

Por su parte, la *Human Rights Act*, de 1998, que traspone al derecho inglés el Convenio Europeo de Derechos Humanos, impulsa nuevas concepciones en sede de responsabilidad aquiliana, con una tendencia clara a la objetivización de la culpa, ante la necesidad de otorgar una satisfacción equitativa de los daños⁶⁸.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la reacción llega frente a las perturbaciones intolerables y prolongadas que afectan la utilización de una propiedad, como ocurre en el asunto *Marcic*⁶⁹, en el que un propietario insta y obtiene el reconocimiento de la responsabilidad de la autoridad regional del agua, ante la inundación de su terreno por aguas usadas, conforme a la idea de que toda pérdida particularmente grave ha de ser objeto de reparación, así como en el asunto *Dennis*⁷⁰, donde la indemnización del propietario del terreno situado en las proximidades de una base militar, a los efectos de reparar el ruido de los aviones a reacción, se fundamenta, pese al carácter necesario de esa actividad, en el perjuicio individual que entraña, que excede de la carga que ha de soportar la colectividad.

En síntesis, se formula la responsabilidad del Estado como un simple mecanismo operacional de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos⁷¹, esencialmente vertebrada por la idea de culpa, salvo que los menoscabos patrimoniales sean tan intolerables y prolongados que resulten incompatibles con el CEDH, en cuyo caso se prescinde de forma excepcional del elemento subjetivo.

⁶⁷ Flogaïtis, S., *Administrative law et droit administratif*, LGDJ, París, 1986, pp. 215-218.

⁶⁸ Artículo 41 CEDH.

⁶⁹ *Marcic/Thames Water Utilities Ltd* [2002] Q B 929 (CA); [2003] 2AC 42 (HL).

⁷⁰ *Dennis/Ministry of Defense* [2003].

⁷¹ En el asunto *Helow v. Secretary of State for the Home Department and another* (Scotland) –2007– se dirimía la responsabilidad de la administración derivada de la falta de abstención para conocer del recurso contra la denegación de un asilo solicitado por un palestino y en el que conoció Lady Cosgrove, de origen judío.

2.4. La perspectiva comunitaria

La potencialidad del derecho comunitario como guía de racionalización de los ordenamientos domésticos se evidencia en sede de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, en la que los principios de primacía y efecto directo están llamados a clarificar el afán expansivo de la objetividad, tanto por el incremento progresivo de competencias ejercitadas por la Unión Europea, como por la necesidad de extraer principios comunes sobre la materia, que conforme a la previsión contenida en el artículo 288 TCE, existen (o deberían existir) entre los Estados miembros, cuya identificación por vía inductiva corresponde a las instancias jurisdiccionales comunitarias.

Al lado de la llamada responsabilidad extracontractual de la Comunidad (ex art. 288 TCE)⁷², ha de diferenciarse la responsabilidad del Estado miembro por los perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento del Derecho Comunitario, obligación que, pese a su trascendencia, no encuentra proclamación expresa en el acervo del ordenamiento jurídico primario⁷³, por lo que se trata de un sistema de responsabilidad generado, por vía pretoriana por el Tribunal de Justicia, que puede calificarse de específico⁷⁴.

Sin embargo, la vinculación y consiguiente relación entre ambos sistemas de responsabilidad es evidente, desde el momento que tanto la responsabilidad extracontractual de las Comunidades, como la de los Estados miembros en caso de violación del Derecho comunitario, se some-

⁷² La Comunidad queda obligada a reparar los perjuicios que se causen a los Estados miembros o a los particulares como consecuencia de la actividad de sus instituciones y de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

⁷³ El derecho de la responsabilidad como consecuencia del incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros, aparentemente, resultaba ciertamente alejado de las preocupaciones principales de la Comunidad Europea, dado que –reiteramos– el Tratado de la Comunidad Europea no recoge el mismo, pudiéndose añadir que incluso en la construcción jurisdiccional o pretoriana del principio, hubo de esperarse hasta la década de los noventa –Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357)– para lograr una proclamación expresa en torno a que el incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros es susceptible de generar responsabilidad exigible frente a los mismos.

⁷⁴ Fines, F., “Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Économique européenne; De la référence aux principes généraux communs à la edification jurisprudentielle d’un système autonome”, *LGDJ*, París, 1990.

ten a condiciones semejantes, de forma tal que se insinúan sobre los órdenes jurídicos nacionales, porque, además, la materialización última del régimen de responsabilidad como consecuencia del incumplimiento por los Estados miembros del Derecho comunitario, se nutre, vía remisión, por estos últimos.

A) Responsabilidad extracontractual de la Comunidad: artículo 288 TCE

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003⁷⁵ y de 12 de julio de 2005⁷⁶ resumen la jurisprudencia recaída al respecto, apuntando que el derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando concurren tres requisitos, a saber: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido por las víctimas.

En otras palabras, del artículo 288 TCE, párrafo segundo, se deduce que, para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y se reconozca el derecho a la reparación del perjuicio sufrido, es necesario que concurren un conjunto de requisitos en lo que respecta a la ilicitud de la actuación imputada a las instituciones, a la realidad del daño y a la existencia de una relación de causalidad entre esa actuación y el perjuicio invocado⁷⁷.

⁷⁵ Sentencia de 10 de julio de 2003, Comisión/Fresh Marine (C-472/00 P, Rec. p. I-7541). En la Sentencia, se analizó la pretensión de una mercantil noruega dedicada a la exportación de salmón de ser indemnizada en concepto de daños y perjuicios, generados por haberse suspendido temporalmente la posibilidad de verificar exportaciones de dicho producto a la Comunidad.

⁷⁶ Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Comisión/CEVA et Pfizer (C-198/03 P, Rec. p. I-6357). En esta Sentencia, se plantea un interesantísimo supuesto de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, por inactividad; concretamente, la inactividad de la Comisión entre el 1 de enero de 2000 y el 25 de julio de 2001, como consecuencia de no adoptar un proyecto de reglamento o cuanto menos una determinada regulación provisional, concluyendo el Tribunal de Justicia que la Comisión no cometió una violación del Derecho comunitario lo suficientemente caracterizada como para generar la responsabilidad de la Comunidad.

⁷⁷ Véanse en especial las Sentencias de 29 de septiembre de 1982, Oleifici Mediterranei/CEE (26/81, Rec. p. 3057), y de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión (C-146/91, Rec. p. I-4199).

B) Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho Comunitario

La plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieron la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 (hoy art. 10) del Tratado, en virtud del cual han de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumbe en virtud del derecho comunitario, encontrándose entre estas obligaciones la de eliminar las consecuencias ilícitas de su violación⁷⁸, pues, de lo contrario, el principio de primacía resultaría francamente debilitado, lo que llevó a la jurisprudencia a consagrar el principio de la responsabilidad del poder público en el asunto Francovich y Bonifaci de 19 de noviembre de 1991⁷⁹.

Sin embargo, como he apuntado, pese a la extraordinaria importancia del principio en derecho comunitario, la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros se ha de hacer efectiva a través de la remisión a los regímenes nacionales de responsabilidad y, sin perjuicio de sus justificaciones –que obviamente las hay–, con ello se genera el riesgo de alumbrar, eventualmente, una situación en la que no resultaría difícil imaginar una aplicación heterogénea⁸⁰ del acervo comunitario o, lo que es aún peor, una desigualdad difícilmente justificable de la protección de los ciu-

⁷⁸ Mangas Martín, A., y Liñán Noguera, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, encuentran el fundamento del principio en el artículo 10 TCE cuando establece que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados.

⁷⁹ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90, ya citada. Recordemos que dicha Sentencia asume de forma expresa la primera proclamación elaborada del principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.

⁸⁰ En las conclusiones del asunto Russo, Sentencia de 22 enero de 1976, Russo/AIMA (60/75, Rec. p. 45), el Abogado General Reischl ya advirtió de que si de lo que se trata es de evitar el peligro que los diferentes sujetos de derecho sean tratados de manera diferente según el orden jurídico nacional que les sea aplicable, es necesario elaborar los principios en vista de una aplicación uniforme y tan eficaz como sea posible de aquellos derechos.

dadanos, aunque se proclame que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre este aspecto constituye un “estándar mínimo de protección”.

Como caracteres de esta responsabilidad hay que destacar que es inherente al Tratado⁸¹, subsidiaria y complementaria del efecto directo de la normativa comunitaria⁸².

C) ¿Se reconoce en derecho comunitario una responsabilidad objetiva, que admita la reparación por hechos lícitos?

A lo largo de este trabajo se ha cuestionado el carácter objetivo global con el que en ocasiones, tanto doctrina como jurisprudencia, han pretendido caracterizar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, indagando el porqué de las razones que proclaman el derecho a la indemnización cuando el daño deriva de una actuación impecable desde el punto de vista técnico (supuestos de funcionamiento normal de los servicios).

¿Qué papel está llamado a jugar el ordenamiento comunitario en torno a la identificación de aquellos principios comunes existentes en los Estados miembros en materia de responsabilidad patrimonial?⁸³

⁸¹ La Sentencia de 14 de diciembre de 1982, *Waterkeyn* (314/81 a 316/31 y 83/82, Rec. p. 4337) afirmó que los derechos establecidos en favor de los particulares derivan de disposiciones propias del Derecho Comunitario, teniendo un efecto directo en el orden jurídico interno de los Estados miembros, por lo que el derecho a obtener una indemnización derivaría directamente de la propia violación de las disposiciones comunitarias que atribuyen los derechos subjetivos y no necesariamente de una previa declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia. En este sentido, Simon, D. y Barav, A., *La responsabilité de la Administration nationale en cas de violation du Droit communautaire*, RMC, núm. 305, 1987.

⁸² Parece lógico que en una Unión Europea –cada vez menos de Estados y más de ciudadanos– deba procurarse al máximo la real satisfacción de los distintos derechos en juego, priorizando en definitiva el ejercicio efectivo de los mismos, frente a la indemnización compensatoria derivada de la imposibilidad de colmar con plenitud aquellos como consecuencia del incumplimiento del Derecho Comunitario. Mantiene Duffy, P., *Damages against the State: a new remedy for failure to implement Community obligations*, *El Rev*, vol. 17, 1992, que la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario, si bien sería subsidiaria de los principios de efecto directo y de interpretación conforme, no tendría que suplir en ningún momento la aplicación de ambos principios.

⁸³ García de Enterría, Eduardo, en “La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario”, *GJCE*, núm. 60, 1989, ha destacado la necesidad de la uniformidad de criterios para determinar dicha responsabilidad pa-

Y es aquí cuando surgen las dudas sobre si el derecho comunitario puede constituir el revulsivo adecuado o, si se prefiere, el correctivo de ese sistema de responsabilidad objetiva, a veces encarnizado y no siempre justo en sus últimas consecuencias, que parece tener una acogida bastante laxa en nuestro país frente a otros países de la propia Unión Europea.

La preocupación se hace palpable, pues se suele afirmar, como resume Gil Ibáñez⁸⁴, que la naturaleza de la responsabilidad derivada del incumplimiento por parte de los Estados miembros del derecho comunitario es de tipo objetivo, en contraposición a la de carácter subjetivo o por culpa, dado que la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, más allá de su violación suficientemente caracterizada, puesto que imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a cuestionar la indemnización con fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario (Sentencia Brasserie)⁸⁵.

Por su parte, la Sentencia Dillenkofer⁸⁶ entiende que no se puede supeditar la reparación del daño a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano al que sea imputable el incumplimiento.

Sin embargo, ese carácter objetivo no deja de ser aparente, toda vez que si uno de los elementos esenciales para hacer surgir la responsabilidad del Estado miembro es la infracción suficientemente caracterizada, no cabe sino afirmar la presencia de cierto componente subjetivo basado en la noción última de culpa, dado que casi todo el ámbito de la responsabilidad patrimonial rezuma esta idea, lo que en definitiva sustenta el carácter aparentemente objetivo de la institución.

Además, si este tipo de responsabilidad se nutre de los principios comunes que rigen los ordenamientos de los Estados miembros, es difícil inducir a partir de los mismos la idea de objetividad, con la intensidad que

trrimonial ante las grandes diferencias entre los regímenes de responsabilidad patrimonial de los distintos Estados miembros.

⁸⁴ Gil Ibáñez, J.L., "La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles", *Actualidad administrativa. La ley-actualidad*, 1999.

⁸⁵ Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029).

⁸⁶ Sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (C-178/94, C-179/94, C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845).

parece patrocinar, quizás, a partir de una lectura superficial de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en la medida que, en el conjunto de los Estados que conforman la Unión Europea, la responsabilidad objetiva es una excepción y no precisamente un principio común.

Pero, ¿cuál es el estado actual de la cuestión?

Cabe recordar que para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, con arreglo al artículo 288 TCE, párrafo segundo, han de concurrir una serie de requisitos: ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones, realidad del perjuicio y existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento alegado y el perjuicio invocado⁸⁷.

Por tanto, el Tribunal de Justicia ha considerado que, cuando declara que ningún acto ni ninguna supuesta omisión de una institución presentan carácter ilegal, de modo que no se da el primero de los presupuestos en que se basa la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a efectos del artículo 288 TCE, párrafo segundo, el juez comunitario puede desestimar el recurso en su totalidad, sin que resulte necesario examinar los demás presupuestos de dicha responsabilidad, a saber, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre las actuaciones de las instituciones y el perjuicio invocado⁸⁸.

Un grueso debate ha generado la capital y reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2008⁸⁹, que casa la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005⁹⁰, en un supuesto⁹¹ de ausencia de ilegalidad en el comportamiento reprochado a las

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1982, *Oleifici Mediterranei/CEE*, antes citada.

⁸⁸ *Vid.* en particular la Sentencia de 15 de septiembre de 1994, *KYDEP/Consejo y Comisión*, antes citada.

⁸⁹ *FIAMM y Fedon (C-120/06 P y C-121/06 P*, aun no publicada en la recopilación).

⁹⁰ *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) y Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc. (FIAMM Technologies) contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas (T-69/00, Rec. p. II-5393)*.

⁹¹ El Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos de dos empresas, *FIAMM y Fedon* dirigidos a obtener la reparación del perjuicio que alegan haber sufrido como consecuencia de un recargo aduanero impuesto por los Estados Unidos sobre las importaciones de acumuladores estacionarios y de estuches para gafas procedentes de varios Estados miembros como medida de retorsión por la no ejecución por la Comunidad Europea de la decisión por la que el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

instituciones comunitarias, realizando una incursión en el movedizo ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por acto lícito, partiendo de la aplicación, por analogía, del régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros.

Según el Tribunal de Primera Instancia, el artículo 288 TCE, párrafo segundo, funda la obligación que impone a la Comunidad de reparar los daños causados por sus instituciones en los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”, sin limitar, en consecuencia, el alcance de dichos principios al régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por comportamiento ilícito de dichas instituciones.

En este sentido, toma como base los derechos nacionales relativos a la responsabilidad extracontractual, que facultan a los particulares –si bien en diversos grados, en ámbitos específicos y con arreglo a distintas disposiciones– a obtener la indemnización de ciertos daños, incluso cuando no ha habido una actuación ilícita del autor del daño, de forma tal que, en el caso del daño causado por un acto que no se haya apreciado como ilegal, la responsabilidad extracontractual de la Comunidad surge cuando se cumplan acumulativamente los requisitos relativos a la realidad del perjuicio, la relación de causalidad entre éste y el comportamiento de las instituciones comunitarias, y el carácter anormal y especial del perjuicio de que se trate.

Vemos pues, que el TPI analiza la posible responsabilidad extracontractual de la Comunidad sobre la base de que unos pretendidos principios comunes de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros que, en su opinión, permiten proclamar la responsabilidad ante actos lícitos, pese a que, en el caso enjuiciado, no la admita, al entender que el perjuicio sufrido por los recurrentes ni era anormal, por cuanto no superó los límites de los riesgos económicos inherentes a las actividades del sector, ni tampoco especial, al referirse a una categoría de operadores económicos de forma desproporcionada respecto de los demás.

Las partes recurridas en casación alegaban que el Tribunal de Primera Instancia sostuvo una acepción errónea del perjuicio anormal, lo que le llevó equivocadamente a negar su existencia en el caso de autos. Frente a ello, el Consejo, la Comisión y el Reino de España, si bien compartían el

había declarado la incompatibilidad del régimen comunitario de importación de los plátanos con los acuerdos OMC.

análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la ausencia de carácter anormal del perjuicio sufrido por las demandantes y se felicitan por el fallo que desechaba cualquier responsabilidad objetiva de la Comunidad, reprochan al juez de primera instancia que haya consagrado el principio mismo de una responsabilidad por acto ilícito, que haya reconocido su aplicabilidad en los casos de autos, que lo haya sometido a requisitos insuficientemente restrictivos y que haya reconocido, equivocadamente, que concurrían algunos de ellos, en particular la relación de causalidad directa.

El abogado general Poiares Maduro, en sus conclusiones presentadas en este asunto, de fecha 20 de febrero de 2008, mantiene la necesidad de reconocer una responsabilidad objetiva que cubra los daños por acto ilícito:

Reconoce que *“... bastante menos de la mitad de los Estados miembros han establecido ese principio en sus ordenamientos jurídicos y su número se reduce incluso a dos cuando el acto que causa el perjuicio es un acto legislativo. Es cierto que el Tribunal de Primera Instancia, sin un excesivo afán de demostrarlo, se ha limitado a basar el principio de responsabilidad de la Comunidad a falta de comportamiento ilícito en la afirmación de que ‘los Derechos nacionales relativos a la responsabilidad extracontractual permiten a los particulares, si bien en diversos grados, en ámbitos específicos y con arreglo a distintas disposiciones, obtener ante los tribunales la indemnización de ciertos daños, incluso cuando no ha habido una actuación ilícita del autor del daño...’”*.

Ahora bien, añade que *“... corresponde al Tribunal de Justicia inspirarse en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros para encontrar una respuesta... que sea al mismo tiempo respetuosa con las tradiciones jurídicas y adaptada al contexto propio del ordenamiento jurídico comunitario. Desde este punto de vista, puede incluso privilegiarse una solución minoritaria, si responde mejor a las exigencias del sistema comunitario. Por consiguiente, el hecho de que sólo los Derechos español y francés establezcan la responsabilidad del poder público como consecuencia de un acto legislativo lícito no puede ser óbice para su reconocimiento en Derecho comunitario”*.

Y precisamente apuesta por ello: *“... me parece que estamos precisamente ante este caso. La consagración de un principio de responsabilidad*

objetiva de la Comunidad permitiría, en aras de la justicia, compensar el rigor de los requisitos para que sea exigible la responsabilidad subjetiva de la Comunidad vinculada, en particular, a la exigencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que protege a los particulares para conferir a las víctimas de un perjuicio especialmente grave sufrido como consecuencia del comportamiento de las instituciones comunitarias la posibilidad de obtener reparación... Al consagrar un principio de responsabilidad objetiva de la Comunidad, se hace que dicha jurisprudencia pase del estadio de lo eventual al de lo establecido, del tiempo de la incertidumbre al de las soluciones”.

La visión del Tribunal de Justicia, al resolver mediante sentencia de 9 de septiembre de 2008⁹² el recurso de casación planteado contra las sentencias del TPI de 14 de diciembre de 2005, parece diferir de la de su abogado general, y recuerda que la Comunidad sólo incurre en responsabilidad por un acto normativo que suponga una elección de política económica si se ha producido una violación suficientemente caracterizada de una norma superior de Derecho que proteja a los particulares⁹³.

El apartado 167 de la sentencia, es claro: *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce en virtud del artículo 288 TCE, párrafo segundo, la existencia del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por el comportamiento ilegal de sus instituciones y los requisitos para la aplicación de dicho régimen está así firmemente asentada. En cambio, no es éste el caso de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad sin tal comportamiento ilegal.*

La concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de septiembre de 2008 (C-120/06 P y C-121/06 P, antes citada). Recursos de casación planteados por la Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) y Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC, Giogio Fedon & Figli SpA y Fedon America, Inc contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, en los que solicitan la anulación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2005 (Sentencia FIAMM) y de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005 (Sentencia Fedon), antes citadas.

⁹³ Véanse en particular las Sentencias de 13 de junio de 1972, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit y Grands Moulins de París/Comisión* (9/71 y 11/71, Rec. p. 391); de 8 de diciembre de 1987, *Les Grands Moulins de París/Consejo y Comisión* (50/86, Rec. p. 4833), y de 6 de junio de 1990, *AERPO y otros/Comisión* (C-119/88, Rec. p. I-2189).

parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades.

De este modo, el Tribunal señala que la convergencia de los ordenamientos jurídicos en el reconocimiento de un principio de responsabilidad por actos y omisiones de la autoridad, incluso de naturaleza normativa, difiere en lo que atañe a los actos lícitos, en particular, cuando éstos son de naturaleza normativa, lo que le conduce a declarar que “no existe un régimen de responsabilidad que permita exigir la responsabilidad de la Comunidad por un comportamiento comprendido en la esfera de su competencia normativa, en una situación en la que la eventual disconformidad de tal comportamiento con los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio no puede ser invocada ante el juez comunitario”, esto es, niega la regla general de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivado del ejercicio lícito de sus actividades comprendidas en la esfera normativa.

De todo lo expuesto resulta que *el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al reconocer en las sentencias recurridas la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada del ejercicio lícito de las actividades de ésta comprendidas en la esfera normativa, pero no casa las sentencias dado que en el fondo no proclamaron la responsabilidad.*

Ahora bien, el propio Tribunal de Justicia efectúa dos precisiones que conviene mencionar, pues afirma que “podría originar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad un acto normativo comunitario cuya aplicación condujera a restricciones del derecho de propiedad y del libre ejercicio de una actividad profesional”, por lo que su decisión deja incólume la amplia facultad de apreciación del legislador comunitario, para determinar, en su caso, si con ocasión de la adopción de un acto norma-

tivo concreto, la consideración de ciertos efectos perjudiciales, justifica prever determinadas formas de indemnización, ya que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

No obstante, aun acudiendo a una técnica jurídica de fabulosa abstracción, es difícil concebir que por un acto lícito se produzca precisamente una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento jurídico comunitario, pues parece connatural a su infracción el carácter ilegal de la actuación en la que la misma se materializa y, por extensión, cierto componente subjetivo en la actuación del órgano que la perpetra.

En efecto, piénsese que el criterio decisivo para apreciar si una violación del derecho comunitario está suficientemente caracterizada, reside en la inobservancia manifiesta y grave por parte de un Estado miembro de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

En cualquier caso, conviene precisar que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado propio de la jurisprudencia comunitaria, que deberá integrarse por las circunstancias específicas que concurran en cada caso, teniendo en consideración, entre otros criterios, la claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación de las autoridades nacionales o, en su caso, el carácter intencional de la infracción cometida o del perjuicio causado, así como el carácter excusable de un eventual error de Derecho.

2.5. Coda: la excepcionalidad de una responsabilidad objetiva global

Incurriría en un exceso de optimismo si intentara esbozar, a partir de las breves líneas precedentes, una serie de conclusiones sobre la bondad y estado de salud del régimen jurídico español que, a partir de ciertas lecturas doctrinales y jurisprudenciales, permite consagrar, por vía de responsabilidad, una amplísima obligación administrativa de indemnizar, inédita en el panorama jurídico comparado y comunitario.

Sin embargo, basta una reflexión, rápida aunque intensa en sus consecuencias, para constatar, sin perjuicio de los matices constitucionales de los distintos países, que no se atisba como imprescindible la construcción, *ex lege*, para la Administración, de un régimen de responsabilidad aquiliana distinto y autónomo del que rige para los particulares, ni sobre el ám-

bito del derecho aplicable (el Código civil es la única disposición que se aplica en un gran número de países), ni sobre el procedimiento para su materialización (identidad del *iter* de reclamación que, en Alemania, alcanza incluso a la jurisdicción civil).

Aunque, obviamente, ningún obstáculo hay en introducir y defender una distinción, tanto sobre las normas de la responsabilidad, como sobre las vías para su materialización, según afecte a las personas públicas o privadas, de optarse por esta dualidad ha de exigirse una coherencia con la vocación de cincelar un *sistema* de responsabilidad, reitero, no necesario en otros ordenamientos jurídicos, aunque sí en el caso español (ex art. 106.2 CE y 149.1.18.^a CE).

Una vez erigido ese *auténtico sistema*, habrá que reparar en que, en derecho comparado no existe una responsabilidad patrimonial, que se estructure sobre la base de la responsabilidad objetiva, con tanta fuerza e intensidad como en España, con tal amplitud de la acción reparadora que la convierte en inoperante, llegando a confundir la institución con un seguro universal de daños.

Si en derecho español, con carácter general, cabe mantener la responsabilidad por actos lícitos, por ejemplo (funcionamiento normal de los servicios públicos), no se deriva una posibilidad semejante a partir de los distintos sistemas de responsabilidad patrimonial que se dibujan en el ámbito del Derecho Comparado y, específicamente, en los países integrantes de la Unión Europea, en los que, conforme a lo que se ha analizado, la exigencia de responsabilidad basada en criterios subjetivos y, por ende, en supuestos de funcionamiento anormal del servicio, se reconocen como elementos axiales de las respectivas construcciones jurídicas.

El derecho comunitario opera como llamada de atención frente a concepciones extraordinariamente generosas de la responsabilidad (como la de la Ley 30/1992), dada la inducción de principios que impone a partir de los ordenamientos de los Estados miembros, sin que de esta operación quepa extraer, como un principio general común de los Estados, una responsabilidad objetiva global, tal y como muestran los resultados, en comparación con España, de las catas sobre los ordenamientos de Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, así como los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

Luxemburgo, 8 de noviembre de 2008.

