3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño

Seminario "Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Locales", Fundación Democracia y Gobierno Local, Tenerife, 14 y 15 de noviembre de 2008

Germán Fernández Farreres
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

3.1. Un recordatorio previo: la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas como un sistema de responsabilidad objetiva global

En nuestro ordenamiento jurídico todas las Administraciones Públicas, sin excepción (arts. 149.1.18.ª CE y 139 ss. LRJPAC), responden patrimonialmente por los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A este respecto, la LRJPAC precisa (no así el art. 106.2 CE) que el daño puede traer causa tanto del funcionamiento normal, como del funcionamiento anormal. De este modo, justamente porque también se responde por los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal (ocasionados sin que medie culpa), es por lo que se califica al vigente sistema de responsabilidad como un sistema objetivo global.

Al menos en sede teórica, resulta indiferente, en efecto, que la Administración haya obrado anormalmente (culpablemente, utilizando el concepto de culpa en sentido objetivo) o no (es decir, conforme a la le-

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

galidad y sin tacha alguna que reprochar), porque, en principio, esa circunstancia en nada modifica que, de concurrir los demás requisitos, surja la responsabilidad de la Administración y la obligación de indemnizar a la víctima.

Todo esto significa que el daño (antijurídico) no siempre se refiere o trae causa de la conducta ilícita de la Administración que lo ocasiona, ya que también responderá del mismo aunque haya actuado lícitamente. La antijuridicidad del daño, por tanto, es una antijuridicidad objetiva, al margen de la idea de culpa en la acción u omisión que lo ocasiona, lo que explica (así se refleja en el art. 141.1 LRJPAC) que el daño ha de ser antijurídico en el sentido de que el sujeto que lo sufre no está obligado jurídicamente (de acuerdo con la ley) a soportarlo, si bien ello no descarta que también sean indemnizables otros daños que sí hay obligación de soportar, aunque la indemnización se produzca –claro es– al margen del instituto de la responsabilidad extracontractual (por ejemplo, daños expropiatorios).

En suma, determinada la existencia de un daño antijurídico (además de efectivo, evaluable económicamente e individualizado) y constatado que ese daño resulta imputable orgánica y funcionalmente, mediando la correspondiente relación de causalidad, a la actuación (u omisión) jurídica o material de la Administración, ésta vendrá obligada a repararlo integralmente, sea a través de la correspondiente indemnización o mediante una compensación en especie.

Se trata, pues, de un sistema de responsabilidad objetiva que presenta gran extensión y amplitud, pues, salvo que concurra alguna de las causas de justificación legalmente previstas que impiden imputar el daño a la Administración (fuerza mayor y daño imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento en que se produce: arts. 139.1 y 141.1 LRJPAC), en todos los demás casos la Administración ha de responder indemnizando a la persona que lo sufre.

En lo que ahora interesa (dejando al margen los aspectos procedimentales relativos al ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad y otras cuestiones, como la acción de regreso), la LRJPAC poco más establece. De manera que la amplitud y carácter abierto del sistema (se habla también de ambigüedad o indeterminación) resulta verdadera-

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

mente notable, por cuanto sanciona la responsabilidad directa de la Administración desvinculándola del criterio de la culpa como único y exclusivo título de imputación.

3.2. Críticas al sistema y propuestas de reforma

Este sistema de responsabilidad objetiva global, que de manera generalizada se ha venido considerando como un gran avance y factor de progreso en las garantías del ciudadano por relación a la situación de efectiva irresponsabilidad de la Administración que resulta de las reglas del Código Civil (art. 1.903) y de la interpretación que de las mismas ha impuesto la jurisprudencia, ha comenzado a ser cuestionado en los últimos años. Y es que, dada su configuración legal, está generando algunos problemas que la doctrina ha puesto claramente de manifiesto. No hace mucho, F. López Menudo[1] ha resumido la cuestión en estos términos:

> "La regulación positiva actual [...] deja aún demasiados problemas abiertos, que sería preciso reducir por vía legislativa a efecto de evitar, en la mayor medida posible, los amplísimos márgenes interpretativos de que disfrutan en la actualidad –y también padecen– los aplicadores jurídicos". E insiste en que "[...] la regulación legal a manejar es excesivamente simple", siendo "[...] realmente complicado resolver con las mismas herramientas jurídicas supuestos de daños tan distintos en su propia génesis como los que derivan de las obras públicas, accidentes en carreteras, actos administrativos, inactividad de la Administración, riesgos desconocidos, etc.". Además, es un sistema legal excesivamente uniforme, ya que "[...] prescinde de distinciones que la práctica revela luego como necesarias", lo que, a la postre, "estos vacíos legales [...] generan en la práctica una gran inseguridad, fomentan los agravios comparativos y dan alas al uso alternativo del Derecho. Con harta frecuencia son zanjados los problemas con esos argumentos parajurídicos o pseudoprincipiales –la equidad, la pietatis causa, la regla 'pro fisco'– cuyo uso resulta desconcertante para el jurista la mayoría de las veces". [Y de ahí, en definitiva, que considere necesario] "[...] reducir los márgenes en medio de los cuales fluctúa el arbitrio de jueces y tribunales".

[1] *Vid.* "Prólogo", en López Menudo, F.-Guichot Reina, E.-Carrillo Donaire, J.A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos,* Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 24-26.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

Además de este tipo de crítica general, tampoco han faltado críticas más concretas y específicas, directamente dirigidas a la propia configuración del sistema de responsabilidad como un sistema objetivo global. Algunos han criticado abiertamente un sistema que, teóricamente al menos, en una interpretación posible de la regulación legal vigente, conduce a que la Administración deba responder de todo daño antijurídico que traiga causa de su actuación u omisión, aun en el supuesto, reitero, de que sea una actuación conforme a Derecho (ausente, por tanto, de toda culpa o negligencia), con la única exclusión de las dos causas de justificación señaladas. Esas voces críticas vienen insistiendo en la necesidad de proceder a una sustancial corrección del actual sistema de responsabilidad administrativa, lo que, en gran medida, debe llevar al abandono del carácter objetivo que lo singulariza.

Uno de los análisis críticos más detallados y globales que se han formulado se debe a O. Mir Puigpelat[2]. Análisis que le lleva a concluir, dicho ahora con sus propias palabras, que

> " [...] la regla general sólo puede ser que la Administración no deba indemnizar cuando haya actuado correctamente, cuando cumpla con el modelo de conducta para ella fijado por la colectividad; cuando, en definitiva, haya actuado como el ordenamiento (la colectividad, en definitiva) espera (y exige) que actúe".

La propuesta es taxativa. El legislador debería proceder a la supresión, con carácter general, del funcionamiento normal como título de imputación, lo que no obsta para que en determinados casos, expresamente tipificados por la Ley, se admitan algunos supuestos que conlleven responsabilidad objetiva de la Administración (por tanto, por el mero funcionamiento normal de la Administración).

Por lo demás, esa propuesta, una vez constatado que el artículo 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva de la Administración[3], se fundamenta en que la actual responsabilidad administrativa, tal como está confi-

---

[2] *Vid.* su libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema,* Civitas, Madrid, 2002, p. 254.

[3] Entre otros más, López Menudo, F., "Prólogo" en López Menudo, F.-Guichot Reina, E.-Carrillo Donaire, J.A., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 25, tampoco considera que dicho precepto imponga necesariamente un modelo de responsabilidad objetiva para todos los casos; y en parecidos términos se manifiesta Rebollo Puig, M., "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimionial de la Administración", en vol. col. (dir. Sáinz Moreno, F.) *Estudios para la reforma de la Administración Pùblica,* INAP, Madrid, 2004, p. 218.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

gurada legalmente, no se puede justificar en el criterio del riesgo especial (aunque sólo lo sea por la sencilla razón de que la actuación de la Administración no siempre es fuente de riesgos especiales) (p. 204); tampoco cabe hacerlo en el criterio del beneficio, pues no procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración con la persecución de lucro por los particulares, máxime cuando ello determina que, como se ha advertido por algunos (F. Pantaleón, en especial), las actividades sin ánimo de lucro terminan por responder más objetivamente que las actividades lucrativas (pp. 204 a 206); algo parecido cabe decir del principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que, en estrictos términos, sólo los daños expropiatorios (los que, provocados deliberadamente por el poder público, vienen exigidos por el interés general) pueden ser considerados una carga exigida por el interés general, por lo que, como regla, ese principio de igualdad sólo debe operar (como sucede en Francia) como un argumento residual e indeterminado, que da cobertura, a lo sumo, a algunas hipótesis de responsabilidad objetiva, pero no a todo un sistema de responsabilidad objetiva global (p. 210); asimismo, esa responsabilidad objetiva global no puede justificarse en el principio de garantía patrimonial de los administrados, ya que, extendido a todo derecho subjetivo y a todo interés legítimo, puede conducir, en una aplicación literal, "a una responsabilidad (si puede seguir llamándose tal) virtualmente ilimitada" (p. 214); y, por lo demás, se debe tener en cuenta que, en el Derecho Civil, la responsabilidad objetiva no se ha impuesto a la responsabilidad por culpa, por lo que si se quiere acercar el sistema de responsabilidad de la Administración española a la responsabilidad civil de Derecho privado, lo que conviene hacer es limitar el alcance de aquélla (pp. 197-198), todo ello sin perjuicio de que un sistema semejante no existe en los países de nuestro entorno (ni en Alemania, Francia o Italia), los cuales mantienen la regla general de la responsabilidad por culpa y sólo excepcionalmente, para casos concretos, han dado entrada por vía legislativa a supuestos de responsabilidad objetiva (pp. 199 ss.).

No obstante, a estas razones, fundamentalmente jurídicas, aún añade el mismo autor una más de carácter económico:

> "España no puede permitirse 'gozar' del sistema de responsabilidad de la Administración más 'avanzado', o sea, más caro del mundo"[4].

[4] Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 203.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

A su juicio, se trata de un sistema insostenible económicamente, sin perjuicio de que hoy por hoy, en la práctica, sea soportable por la sencilla razón de que los jueces y tribunales no lo están aplicando en su integridad. De manera que "de decidirse la jurisprudencia a aplicar el sistema [...] (de decidirse, en definitiva, a aplicar la Ley, a dejar de emanar sentencias ilegales y a dar efectividad a la insólita combinación de responsabilidad objetiva global y principio de reparación integral [...]), [...] se disparará, sin ninguna duda, el montante indemnizatorio que las Administraciones Públicas deberán satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial"[5]. En otro caso, para evitar ese efecto, la alternativa será reducir el nivel (la cantidad) de actividad de la Administración prestadora de servicios, lo que es una mala alternativa.

En resumidas cuentas, a su juicio, hay razones sobradas para limitar la responsabilidad de la Administración; una limitación que debe provenir del legislador, excluyendo, como regla, el funcionamiento normal como título de imputación y limitándola, por tanto, a los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios. Con ello se pondría fin a todos los problemas y peligros que el actual sistema conlleva, al menos en lo que se refiere a la desmesurada extensión o alcance de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La expuesta es, seguramente, la propuesta de reforma legislativa más concreta y a la vez más radical de las que hasta la fecha se han formulado. No obstante, conviene recordar que también se han formulado otras, algo más genéricas, pero a la vez más matizadas o, si se quiere, menos drásticas.

Tal es el caso de las formuladas por M. Rebollo Puig[6], que, tras advertir que el propio Consejo de Estado, los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas y un amplio sector doctrinal, coinciden en reconocer la conveniencia de proceder a la reforma, más o menos profunda, del actual sistema legal de responsabilidad, propone, entre otras posibles, las siguientes modificaciones: convendría acotar con mayor precisión el ámbito de aplicación de la responsabilidad extracontractual y diferenciarse con claridad de otras instituciones como la delimitación de derechos, la expropiación y otras operaciones materialmente expro-

[5] *Op. cit.,* p. 233.
[6] *Vid.* "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad...", *op. cit.,* pp. 215 ss.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

piatorias; asimismo, deberían quedar al margen "los daños causados a otras Administraciones o a los empleados administrativos, pues ni unas ni otros son a estos efectos 'particulares'", estableciendo al respecto una regulación específica; añade que, si bien no resulta pertinente eliminar por completo la responsabilidad administrativa en los casos de funcionamiento normal, debería precisarse mejor ese supuesto o título de imputación, a fin de evitar excesos; y también deberían precisarse los supuestos de funcionamiento anormal, estableciendo normativamente los estándares de calidad de los distintos servicios, lo que daría mayor seguridad al juicio sobre el funcionamiento anormal que compromete la responsabilidad de la Administración y evitaría dejarlo todo a la libre decisión de jueces y tribunales.

3.3. Valoración de las críticas y propuestas de reforma ante la realidad práctica del sistema de responsabilidad objetiva global

Acabamos de ver que las propuestas de reforma del actual sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas se apoyan en diversas razones. Razones, en efecto, de distinta índole, conceptuales y dogmáticas, en unos casos, de corte más práctico, vinculadas a la incidencia o consecuencias económicas del sistema, en otros.

Sobre las primeras, poco me parece que cabe objetar. El actual sistema, fruto de una regulación muy genérica, abierta y poco precisa, aboca a un excesivo protagonismo judicial que propicia la adopción de decisiones de muy distinto signo y con ello cierta inseguridad jurídica. Convendría, en consecuencia, una mayor precisión normativa que acotase el efectivo alcance de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Distinto ha de ser, por el contrario, el juicio sobre las razones de carácter económico para proceder a esa reforma, fundamentalmente porque las mismas no dejan de estar basadas en una premisa teórica que no parece responder a la realidad actual del sistema en su dimensión aplicativa o, al menos, no presenta la gravedad a la que se apela como argumento central para proceder a su rectificación.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

Sobre este particular, creer que con la eliminación del funcionamiento normal como título de imputación cesarían las disfunciones del actual sistema (fundamentalmente, su incidencia en el gasto público), no deja de ser una visión excesivamente optimista que, además, de hecho prescinde (tiene que prescindir) del dato fundamental de cómo se está aplicando ese sistema.

Hoy por hoy, no cabe desconocer que los jueces y tribunales siguen mayoritariamente sin aplicar en su integridad la responsabilidad objetiva global prevista por el legislador. No quiere ello decir que la inaplicación sea total y absoluta. Hay de vez en cuando decisiones que proceden a una aplicación plena del criterio objetivo y son justamente esos casos, más bien excepcionales o aislados, los que en gran medida hacen saltar las alarmas, cuestionando el mantenimiento del funcionamiento normal como título de imputación[7].

El amplísimo margen interpretativo que la regulación legal deja a la jurisprudencia ha determinado, ciertamente, que, en la práctica, el sistema de responsabilidad objetiva global sólo esporádicamente llegue a ser realmente efectivo. La realidad es que el hecho de que el daño traiga causa de un funcionamiento normal o, por el contrario, de un funcionamiento anormal, aunque debiera ser indiferente, termina no siéndolo. El análisis detallado de la jurisprudencia pone a las claras que, en la mayoría de los casos, esa objetividad no se tiene en cuenta y que, por tanto, los jueces y tribunales casi siempre tratan de identificar un funcionamiento anormal que justifique el nacimiento de responsabilidad. El campo de aplicación del funcionamiento normal es más bien escaso, y cuando excepcionalmente se le da entrada es cuando, como antes decía, saltan las alarmas y las críticas.

En definitiva, la regla es que en la mayoría de los supuestos en los que la Administración viene obligada a indemnizar es porque se aprecia que el daño antijurídico ha sido causado por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, negando, en otro caso, que exista relación de causalidad o, sencillamente, negando que el daño sea antijurídico. Lo ha

[7] Por ejemplo, STS de 14 de junio de 1991 (arz. 5115), que dio pie a la crítica de Pantaleón Prieto, F. en sus trabajos "Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", DA, núms. 237-238 (1994), pp. 239 ss., y Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración, Civitas, Madrid, 1995.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

señalado, considerándolo uno de los rasgos jurisprudenciales más llamativos, F. López Menudo[8]:

> "... el elemento clave que se maneja [en la jurisprudencia] para derivar responsabilidad hacia la Administración es el de la anormalidad en el funcionamiento del servicio –es decir, la idea de culpa dicho con otras palabras– por más que ello suponga, como en efecto supone, una subversión de las bases mismas de la responsabilidad objetiva que, como es sabido, no distingue entre funcionamiento normal o anormal si se dan los demás requisitos que hagan responsable a la Administración".

También M. Rebollo Puig[9] ha descrito la actual situación en términos bien precisos:

> "Da la impresión de que lo que se echó por la puerta –la culpa y la antijuridicidad de la conducta administrativa– entra por la ventana disfrazado con otros ropajes, distorsionando los conceptos y haciendo confuso e incomprensible el sistema".

Y añade:

> "Lo cierto es que, de hecho, la práctica y la jurisprudencia no se acomodan siempre fielmente a un sistema supuestamente objetivo [...] Aun así, en otros supuestos los tribunales sí aplican rigurosamente y hasta en sus últimas consecuencias un régimen de responsabilidad objetiva, lo que aumenta el desconcierto y la inseguridad".

E igualmente lo reconoce, en fin, el propio O. Mir Puigpelat[10]:

> "Actualmente sólo puede predecirse con cierta seguridad qué fallará la jurisdicción española en los casos de claro funcionamiento anormal de los servicios públicos. Cuando, en cambio, el servicio haya funcionado correctamente (o cuando la anormalidad no sea evidente), la incertidumbre sobre el destino que recibirá la demanda de responsabilidad administrativa es completa; aunque la normativa vigente establece que la responsabilidad de la Administración es objetiva, la jurisprudencia do-

---

[8] En "Prólogo...", *cit.,* p. 23. Asimismo, Medina Alcoz, L., *La responsabilidad administrativa por acto administrativo,* Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 176 ss. y 214: "Es evidente que alguna funcionalidad tiene el criterio culposo en el sistema vigente".

[9] En "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad...", *cit.,* p. 224.

[10] En *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 294, nota 515.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

minante niega el derecho a indemnización en estos casos, si bien algunas sentencias aisladas lo reconocen".

En los daños producidos en el ámbito sanitario (hospitales y otras dependencias de la sanidad pública) es seguramente donde se aprecian con mayor nitidez las desviaciones más patentes del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. Un sistema objetivo que, sin embargo, suele quedar reconducido a un régimen culpabilístico como consecuencia de dar entrada al concepto de *lex artis* como canon de actuación diligente y, por tanto, de actuación correcta que excluye la responsabilidad patrimonial administrativa. Entre otros, han llamado la atención recientemente sobre esta situación F. López Menudo-V. Guichot-J.A. Carrillo Donaire[11], al afirmar que "... la aplicación del concepto de la *lex artis ad hoc* [...] introduce una corrección al sistema objetivo de tal calibre que en puridad lo transforma en un régimen culpabilístico" (p. 119) Y algo parecido sucede con el "consentimiento informado", que introduce un nuevo elemento a tener en cuenta a la hora de valorar el normal o no funcionamiento del servicio, que es, a la postre, de lo que se hace depender el reconocimiento o la denegación de la responsabilidad patrimonial reclamada.

De este modo, no es real afirmar que el sistema de responsabilidad que se aplica es un régimen objetivo, al menos como regla general, aunque no quede excluido que, en alguna ocasión excepcional, la propia jurisprudencia, que suele dar entrada a la *lex artis* y al consentimiento informado como elementos clave para reconocer o rechazar la responsabilidad por el daño producido, no se atenga a esa pauta y condene aun a pesar de apreciar la existencia de un funcionamiento normal. Así ha sucedido, tal como recuerdan los mismos autores, cuando el daño resulta atípico o desproporcionado en relación con lo que cabía esperar de la clase de intervención practicada (por ejemplo, SSTS de 3 de octubre de 2000 y de 16 de diciembre de 2003).

En cualquier caso, conviene recordar que, dado que el sistema legal es objetivo, cuando se constata que no ha existido inobservancia de la lex artis o del consentimiento informado, la negación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se canaliza o instrumenta a través de la

[11] En su libro *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 118 ss.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

relación de causalidad, negando que ésta exista, o, incluso, negando que el daño sea antijurídico (o lo que es lo mismo, dando por sentado que la víctima tiene el deber jurídico de soportarlo). Es frecuente, en efecto, que la prueba del nexo de causalidad se resuelva en la acreditación previa de la inobservancia de la lex artis, es decir, de la existencia de una negligencia médica, de manera que no demostrada (por tanto, no existiendo funcionamiento anormal), se niega seguidamente que medie relación de causalidad entre el daño producido y la actuación imputable a la Administración. Así, por ejemplo, en STS de 17 de mayo de 2004:

> "Aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también pueden tener trascendencia, en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, que algunos consideran requisito clave de la responsabilidad objetiva o por el resultado".

También la exigencia de ilegalidad o de funcionamiento anormal para que se pueda reconocer la responsabilidad se canaliza en ocasiones a través del requisito de la antijuridicidad del daño, considerando que se trata de un daño que se tiene el deber jurídico de soportar. Claramente lo afirma, por ejemplo, la STS de 25 de abril de 2002:

> "Prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas".

Por otra parte, la propia cláusula del "estado de los conocimientos" introducida en el artículo 141.1 de la LRJPAC por la Ley 4/1999, está empezando a ser utilizada de una forma más amplia como fundamento para excluir la responsabilidad por daños derivados de intervenciones quirúrgicas cuando no se logra probar la existencia de alguna desviación respecto de la *lex artis ad hoc*. Así, por ejemplo, STS de 14 de octubre de 2002, en la que se afirma lo siguiente:

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

"Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la LRJPAC redactado por la Ley 4/1999, no son indemnizables 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 existente en el momento de producción de aquéllos".

Y añade:

"En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/1997) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto".

La cuestión, por tanto, se puede resumir con estas palabras de los mismos autores más arriba citados[12]:

"El problema consiste, sencillamente, en si una vez descartado cualquier defecto en la aplicación de la *lex artis ad hoc* surge para el damnificado el deber jurídico de soportar la lesión que así ya no sería antijurí-

[12] *Op. cit.,* p. 183.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

> dica. Pero no existe una Ley que disponga expresamente el deber de soportar esta suerte de 'daños corrientes' excluidos del artículo 141.1 con lo cual el problema se reconduce al callejón sin salida de una responsabilidad objetiva de la Administración aunque por 'funcionamiento normal' del servicio. De ahí que los Tribunales se evadan de ese camino con el auxilio de argumentos de corte culpabilístico, ajenos al sistema; o que hagan auténticas piruetas de lógica jurídica, [...] a saber: traer al caso el apoyo del artículo 141.1; proclamar que el sistema es objetivo y que prescinde de la idea de culpa; apreciar la existencia de nexo causal; negar el derecho de indemnización".

Podrá discutirse si esa jurisprudencia, que sólo muy excepcionalmente aprecia la existencia de daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos, es una jurisprudencia que fuerza de manera jurídicamente indebida el concepto mismo de funcionamiento anormal y que, complementariamente, fuerza también los demás requisitos necesarios (sobre todo, la relación de causalidad, pero también el concepto mismo de lesión o daño antijurídico) para apreciar la existencia de responsabilidad cuando queda descartado que la Administración haya actuado con culpa o negligencia. Seguramente sea cierto que esos excesos de jueces y tribunales se están produciendo porque, como se ha dicho[13], "el manejo de la culpa nunca estará ausente en su pensar porque aquélla –la idea de culpa– está enraizada en los modos humanos de discurrir y valorar los sucesos, aunque luego no quede plasmada en la letra de una sentencia o de un dictamen". Pero, en lo que ahora interesa, sean o no excesos, la realidad es la que es, concretamente, que los supuestos de reconocimiento de responsabilidad por funcionamiento normal son escasos y excepcionales y son, a la vez, esos contados supuestos los que parecen estar en la base de los planteamientos críticos y revisores del sistema.

De este modo, no han dejado de criticarse algunas decisiones judiciales que han exonerado de responsabilidad patrimonial a la Administración porque consideran que, dado que el previsto es un sistema objetivo, no cabía esa exoneración. Lo llamativo es que, simultáneamente, también se critica el mantenimiento de ese sistema objetivo, es decir, la existencia (legal) del funcionamiento normal como título de imputación. En

[13] *Vid.* López Menudo, F., "Prólogo", *op. cit.,* p. 21.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

el análisis de O. Mir Puigpelat[14] se observa con claridad que, a pesar de reclamar la supresión del funcionamiento normal como título de imputación, reconoce que "la jurisprudencia siempre –o casi siempre– trata de identificar un funcionamiento anormal de los servicios públicos que justifique el nacimiento de responsabilidad administrativa", lo que, dado el sistema legal previsto [un sistema con arreglo al cual puede considerarse que, mediando relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima, la regla debe ser el nacimiento de responsabilidad administrativa y su exoneración la excepción], le merece un juicio negativo (incluso llega a calificar como ilegales a las sentencias que así operan[15]).

Ahora bien, si ésta es la situación en la que nos encontramos, habrá que reconocer que el problema no es tanto un problema de excesivo alcance o extensión del vigente sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (dada la práctica inoperancia del funcionamiento normal como título de imputación, por lo que su supresión bien poco significativa sería), como un problema de coherencia y ajuste de ese sistema. Por tanto, no resulta excesivo afirmar, como ya se ha hecho[16], que la aludida crisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración es en gran parte una falsa crisis, pues,

> "[...] la realidad es que mayoritariamente nuestros tribunales no aplican la teoría objetiva de la responsabilidad, sino que buscan determinar si, en efecto, el servicio funcionó normalmente o no; y en el primer caso nunca condenan a la Administración. [...] Centenares de sentencias siguen este criterio: declaran primero enfáticamente el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa y, a continuación, consagran todo su razonamiento a argumentar la falta de diligencia de la Administración si la sentencia es de condena, o la diligencia administrativa o la culpa de la víctima si la sentencia es absolutoria".

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que, aun cuando se suprimiese el funcionamiento normal como título de imputación, la efectiva extensión y amplitud del sistema seguiría dependiendo de cómo la misma juris-

[14] *Op. cit.,* p. 230.
[15] *Op. cit.,* p. 233.
[16] *Vid.* Baño León, J.M.ª, "La teoría de la responsabilidad de la Administración y su crisis en la práctica", prox. publicación en *Cuadernos de Derecho Judicial,* pp. 4-5.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

prudencia interprete y aplique el concepto de funcionamiento anormal, entendido como funcionamiento indebido o deficiente, en el sentido de culpa objetiva de la Administración como complejo organizativo, sin necesidad de que concurra la acción culpable de un concreto y determinado agente de esa Administración (en suma, tanto si el daño es debido a culpa personal como si es anónimo, referible genéricamente a la organización y el servicio sin poder ser imputable a nadie en particular). Así pues, una vez superado el criterio de la culpa subjetiva (individualizada en un sujeto o agente concreto de la Administración) por el criterio de la culpa objetiva (por tanto, daño imputable a la organización como tal, no teniendo la individualización del sujeto o agente causante del daño, en caso de que sea posible esa individualización, otra trascendencia que la de posibilitar la correspondiente acción de regreso contra el mismo), que el funcionamiento normal quede excluido como título de imputación no deja de ser, desde esta concreta perspectiva, una cuestión secundaria o, incluso, marginal, condicionada, además, en gran medida, por la amplitud misma que se reconozca al funcionamiento anormal.

Teniendo en cuenta que la línea divisoria entre el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no siempre es fácil de trazar, tal vez deba reconocerse que el verdadero problema en orden a la extensión misma del sistema de responsabilidad radica en la delimitación misma del alcance y extensión que haya que darse al funcionamiento anormal de los servicios públicos. Como ha señalado L. Martín Rebollo[17], "el casuismo y hasta cierto punto arbitrismo impregna todo el sistema. Si el juez coloca un estándar alto de calidad en el funcionamiento medio de los servicios, los supuestos de responsabilidad se amplían, pues todo funcionamiento por debajo de ese nivel óptimo –e irreal, en tantas ocasiones– implica un funcionamiento anormal cuyos daños han de ser indemnizados; y viceversa".

En definitiva, cualquier reforma del actual sistema pasa más por un reajuste de corte dogmático y conceptual que por restringir un desmedido alcance y extensión de la institución que, sin embargo, al menos en la práctica, no es tal. Coincido por ello con posiciones como la que mantiene Baño León cuando concluye lo siguiente[18]:

---

[17] *Vid., La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales,* Iustel, Madrid, 2005, p. 49.

[18] *Op. cit.,* p. 11.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

"Recapitulando: la teoría dominante de la responsabilidad administrativa se presta al equívoco al reclamar un carácter objetivo que sólo tiene en supuestos extraordinarios de riesgo provocados por el funcionamiento normal de la Administración y en aquellos casos en que se trata de acciones administrativas con matiz expropiatorio. Desde el punto de vista dogmático está justificada una depuración teórica. Lo mismo ocurre desde el punto de vista legislativo con la generalización del seguro a toda la enseñanza pública no universitaria. Pero eso no significa que la inmensa mayoría de la jurisprudencia haya incurrido en una aplicación excesiva o generosa de la cláusula de responsabilidad. Al contrario, los estudios jurisprudenciales muestran que nuestros jueces y tribunales indagan siempre si la Administración actuó o no diligentemente, y niegan la responsabilidad siempre que queda acreditado el cumplimiento del patrón de conducta que el juez considere normal. Es más, en ocasiones el punto de vista jurisprudencial es enormemente restrictivo en la admisión de la responsabilidad. Desde este punto de vista, la deseable renovación dogmática se basa en un falso problema, pues los criterios de exigencia de la responsabilidad en la jurisprudencia no son más generosos en España que en otros sistemas que siguen anclados en la idea de culpa. Por eso cualquier reforma debería instrumentarse con sumo cuidado para no tener el indeseable efecto de restringir aún más la responsabilidad de la Administración frente a los particulares".

3.4. Posibles criterios para un reajuste de la actual configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas

A) El deslinde entre responsabilidad patrimonial y otros supuestos de lesión reconducibles a otros regímenes (expropiación, daños cuasiexpropiatorios y limitación de derechos subjetivos)

Parte de la doctrina viene insistiendo en la necesidad de deslindar con claridad entre expropiación forzosa, delimitación de derechos y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas[19].

[19] A ello se refiere, por ejemplo, Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial...*, pp. 112 ss. Asimismo, Menéndez Sebastián, E.M.ª, *La función social de la propiedad y su re-*

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

Dejando al margen otros aspectos de no poca complejidad conceptual y dogmática, por ser innecesarios a los efectos que nos ocupan, resulta perfectamente claro que mientras que toda expropiación genera la correspondiente indemnización por la privación total o parcial de derechos patrimoniales, siendo esa privación necesaria para alcanzar el fin público que la justifica con arreglo a Derecho, la norma que delimita esos mismos derechos sólo puede generar, como excepción, una compensación cuando la misma conlleve cargas especiales atendiendo a los principios de igualdad y de proporcionalidad[20]. Esa compensación económica resulta necesaria en tales casos para reconocer la constitucionalidad de la norma delimitadora del derecho, si bien, claro es, la dificultad radica en determinar cuándo la operación delimitadora excede o no de las cargas que los afectados por la misma han de soportar[21].

En todo caso, la distinción conceptual entre estos supuestos (expropiación y delimitación de derechos) y la institución de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración puede trazarse con relativa facilidad. A diferencia de los daños expropiatorios y, en su caso, de los derivados de normas delimitadoras de derechos que excepcionalmente merezcan algún tipo de compensación económica, los que la responsabilidad viene a cubrir son daños no queridos ni necesarios, cuya producción no se justifica por exigencias del interés general (no siendo, por tanto, un medio necesario para la consecución de un fin público), independientemente de que, con arreglo al actual sistema objetivo, la acción u omisión administrativa que los causa sea lícita o ilícita[22].

---

percusión en el ámbito urbanístico y en los espacios naturales, texto mecanografiado, 2005, pp. 205 ss.

[20] En este sentido, Mir, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 114.

[21] A juicio de Mir, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 118, deben tenerse en cuenta diversos criterios: en primer lugar, un criterio de ponderación de los diferentes valores constitucionales en juego; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad de la medida en atención al objetivo perseguido; asimismo, que respete el contenido esencial del derecho delimitado y, en fin, otros principios, como el de igualdad y el de confianza legítima.

[22] Suele afirmarse (por ejemplo, Medina Alcoz, L., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 229) que lo que diferencia a los supuestos de responsabilidad de la expropiación "[...] es, precisamente, la circunstancia de que, en los primeros, el daño se presenta como un daño incidental, producto indeseado de la ejecución de operaciones materiales; y en el segundo, como un efecto deliberadamente buscado". No obstante, también algunos daños que en la actualidad encuentran reparación por el cauce de la responsabilidad (justamente, los únicos a los que debería dar cobertura el título de imputación "funcionamiento normal") son, más

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

En la expropiación, el perjuicio es jurídicamente inevitable y debe ser asumido por el titular del derecho, sin perjuicio de que la constitucionalidad de la medida expropiatoria dependa de que se arbitre la correspondiente indemnización. Y lo mismo puede decirse de la norma delimitadora de derechos, cuando, excepcionalmente, por sus características singulares, también la merezca. Nada de eso sucede con el daño antijurídico imputable a la Administración, del que debe responder reparándolo integralmente (mediante indemnización o, si fuese posible, en especie). De ahí que, como ha señalado E.M.ª Menéndez Sebastián[23], "si el daño proviene de la delimitación del derecho ello supone su incompatibilidad con la responsabilidad, pues en tal caso la regla general es que el propietario tiene la obligación de tolerar la fijación del contenido de su derecho, siempre que ésta sea correcta y por tanto esté justificada, exista realmente esa función social y sea proporcionada al fin perseguido".

De este modo, no procede reconducir a la institución de la responsabilidad aquellos daños derivados de normas delimitadoras de derechos (menos aún de efectivas expropiaciones) en el caso de que, excepcionalmente, y a fin de evitar la inconstitucionalidad que en otro caso se produciría, esos daños deban ser compensados. La institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ha señalado O. Mir Puigpelat[24], queda desplazada y no opera cuando concurre una delimitación de derechos o una expropiación forzosa ajustadas al ordenamiento, ya que, si estamos ante una expropiación queda excluida la responsabilidad porque, o bien no hay daño (en la parte ya cubierta por la indemnización expropiatoria), o el daño no cubierto (daños morales, más allá del premio de afección) ha de ser soportado por la víctima; y, por otra parte, en la delimitación de derechos, tanto se prevea o no indemnización, habrá una decisión referente a la indemnización de los eventuales daños (controlable por el TC o por los tribunales) que obliga a la víctima a soportarlos.

En definitiva, la responsabilidad extracontractual de la Administración debe cubrir los daños derivados incidentalmente de la actuación adminis-

---

que incidentales, daños necesarios o, si se quiere, inevitables para alcanzar el fin principal de interés público que justifica la actuación administrativa.

[23] *La función social..., op. cit.,* p. 247.

[24] *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 125.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

trativa, no exigidos directamente por el interés general[25]. Y por eso mismo, en la medida en que las expropiaciones y las delimitaciones de derechos sean ajustadas al ordenamiento jurídico (porque respetan los límites que sobre ellas pesan), las indemnizaciones requeridas en un caso, y eventuales en el otro, no puede considerarse que traigan causa de la responsabilidad patrimonial del poder público.

Depurada la cuestión en estos términos, es evidente que, en puridad de términos, algunos daños indemnizables por vía de responsabilidad patrimonial no deberían serlo por tal concepto. Lo que no quiere decir, sin embargo, que, como más adelante veremos, no tengan que ser compensados en atención a su verdadera naturaleza de daños expropiatorios o "cuasiexpropiatorios".

B) Sobre el ámbito de aplicación subjetiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

El sujeto activo del daño ha de ser una Administración Pública, lo que encierra una cierta dosis de indeterminación, consecuencia ahora de las propias dificultades existentes en orden a determinar el concepto mismo

[25] De ahí, por ejemplo, que el cambio de planeamiento urbanístico acordado por un Ayuntamiento no genere en puridad de términos responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que no quiere decir, claro es, que no comporte indemnización. Sobre este particular, entre los trabajos más recientes, *vid*. Martín Rebollo, L., *La responsabilidad local en materia de urbanismo,* en Anuario del Gobierno Local 2007, Fundación Democracia y Gobierno Local/IDP, Barcelona, 2008, pp. 113 ss., que advierte del carácter "cuasiexpropiatorio" del título de imputación "funcionamiento normal de los servicios públicos" (p. 114) y pasa revista, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en estos momentos, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo) a los siguientes supuestos: responsabilidad por la alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios por cambios anticipados del planeamiento; modificación o extinción de la eficacia de los títulos habilitantes de obras y actividades determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación urbanística; responsabilidad por la imposición de vinculaciones singulares en el planeamiento, y responsabilidad en los supuestos de anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente. Todo ello sin perjuicio de que puedan plantearse otros supuestos de indemnizaciones relacionadas con el urbanismo (daños derivados de una suspensión ilegal de otorgamiento de licencias, anulación judicial de una medida de protección de la legalidad urbanística, anulación de una orden de ejecución o de una declaración de ruina), si bien por relación a estos supuestos que no encajan en las previsiones específicas de la legislación urbanística, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 139 y ss. LRJPAC.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

de Administración a los efectos del sistema de responsabilidad. Por de pronto, ¿queda incluida en el concepto de Administración a los efectos de esa responsabilidad toda la panoplia de entidades instrumentales de las que normalmente se sirven las Administraciones Públicas (agencias, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público, etc.)?

En la doctrina[26] se ha señalado que la imputación a la Administración Pública, considerada en sentido subjetivo, determina que la persona o servicio causante del daño han de estar integrados en la organización administrativa. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, justamente porque falta esa integración se considera mayoritariamente que quedan al margen de la responsabilidad administrativa los contratistas y concesionarios de servicios públicos, así como los supuestos referidos con la expresión "ejercicio privado de funciones públicas", aunque, por el contrario, sí se consideran integrados el personal laboral contratado y también las autoridades políticas.

Por otra parte, dado que el daño ha de tener por causa el funcionamiento "de los servicios públicos" (expresión la de servicio público que debe entenderse en sentido orgánico –equivalente a giro o tráfico administrativo, en suma, actividad administrativa– y no funcional), puede decirse que, para que surja una responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, es preciso que medie la acción o tráfico jurídico ordinario de una Administración, sus autoridades, funcionarios o empleados.

Ahora bien, aunque el artículo 144 de la LRJPAC ha dispuesto que la responsabilidad de las Administraciones Públicas también se exigirá conforme a lo previsto en la misma Ley cuando actúen en relaciones de derecho privado [lo que, además de reiterarse en el art. 142.6 de la misma LRJPAC ("cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive..."), ha quedado del todo clarificado tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, ya que la responsabilidad surgida de relaciones de derecho privado se exigirá "de conformidad con lo previsto en los arts. 139 y ss. de esta Ley" (es decir, con arreglo al régimen común de responsabilidad de las Administraciones Públicas)], aunque la cuestión, por tanto, esté resuelta desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa, subsiste el problema por relación a las enti-

[26] *Vid*. Martín Rebollo, L., *La Responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 70 ss.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

dades instrumentales de las Administraciones Públicas configuradas como personas jurídico-privadas.

Respecto de las entidades de derecho público que actúan con arreglo al derecho privado, una vez que la actuación de la propia Administración con arreglo a ese mismo derecho no desplaza la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial objetiva, parece claro que los daños que se les puedan imputar tampoco deberán quedar excepcionados de la sujeción a ese mismo régimen de responsabilidad. Sin embargo, más dudosa es la cuestión cuando se trata de entidades jurídico-privadas (fundamentalmente, sociedades mercantiles de titularidad pública y fundaciones del sector público), justamente por razón, no ya de su actuación con arreglo al derecho privado, sino de su propia naturaleza jurídico-privada.

Algunos han defendido que "[...] para que la responsabilidad cumpla adecuadamente su papel profiláctico y garantizador, su regulación no debe depender de las formas organizativas o de personificación que adopten instrumentalmente las Administraciones Públicas..."[27]. No obstante, también se ha dicho más matizadamente[28] que el régimen de responsabilidad administrativa no debe ser aplicable a las personificaciones de derecho privado de titularidad pública cuando éstas realicen "[...] puras actividades empresariales en libre concurrencia que no tengan de ninguna forma naturaleza de servicios públicos". La excepción parece de todo punto razonable, aunque no es menos cierto que la utilización de personificaciones de carácter societario no siempre se vincula a la realización de actividades empresariales, con lo que, en tal caso, de nuevo se plantea el problema, debiéndose estar al régimen de responsabilidad administrativa cuando, más allá de la forma jurídica, se constate que la actividad desarrollada no es la propia y característica que justifica la personificación jurídico-privada.

Por tanto, el criterio a adoptar quizá debiera ser el excluir del régimen de responsabilidad administrativa a las entidades privadas de titularidad pública en el supuesto de que desarrollen actividades empresariales, de carácter mercantil y en régimen de concurrencia, sin que se puedan vincular a la prestación de un servicio público. En otro caso, habría de estarse al régimen de responsabilidad de la Administración.

---

[27] Por ejemplo, Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit., p.* 75.

[28] *Vid.* Rebollo Puig, M., "Sobre la reforma...", *op. cit.,* p. 221.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

Por lo demás, este criterio guardaría cierta coherencia con la solución que, asimismo, convendría consolidar respecto de los daños causados por los contratistas de la Administración.

En la actualidad, la cuestión relativa a la responsabilidad de los contratistas de la Administración dista de estar resuelta, por cuanto conviven dos posiciones contrapuestas. De una parte, la que considera responsable directa en todo caso a la Administración contratante, de manera que se reconoce al perjudicado acción directa contra la misma y ésta queda obligada a pagar la indemnización (sin perjuicio, claro es, de la acción de regreso contra el contratista cuando proceda). De otra, la que más matizadamente (y también más extendida, con apoyo legal más claro) entiende que, como regla general, responsable directo y único es el contratista, salvo que su actuación, causante del daño, lo haya sido en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Administración o de una orden suya.

Pues bien, la referida situación debería quedar superada, ratificando que la responsabilidad, como regla, es del contratista y, si acaso, reconociendo [como lo hace alguna norma: por ejemplo, el art. 237.e) del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña] la responsabilidad subsidiaria de la Administración contratante para el caso de insolvencia del contratista. Cuestión distinta es, por otra parte, que éste deba responder con arreglo al régimen de responsabilidad administrativa o, por el contrario, con arreglo al artículo 1.902 del Código Civil, respecto de lo cual parece aconsejable que la responsabilidad lo sea con arreglo al régimen de la responsabilidad administrativa[29], aunque, una vez reajustada, la trascendencia de dicha opción fuera prácticamente menor. Y en cuanto al ejercicio de la acción, convendría igualmente dejar establecido que la indemnización únicamente podrá instarse ante la Administración contratante, quedando abierta la vía contencioso-administrativa frente a la resolución que dicte y totalmente excluida, por tanto, la intervención de la jurisdicción civil.

Debe añadirse que, si bien han de quedar al margen de la imputación los daños derivados de actividades o actuaciones estrictamente privadas de los funcionarios públicos, ya que las mismas no tienen relación con el servicio, se plantea el problema de aquellos funcionarios que, según sus

[29] En este mismo sentido, Rebollo Puig, M., "Sobre la responsabilidad...", *op. cit.*, p. 234.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

reglamentos, están permanentemente de servicio (cuerpos y fuerzas de seguridad). En principio, parece defendible que el servicio permanente o total dedicación no debe servir de base para imputar responsabilidad a la Administración cuando la acción (delito o falta cometidos por el agente público) se halle desconectada del servicio policial que le es propio; pero lo cierto es que la jurisprudencia, apelando al criterio del riesgo como imputación del daño (la organización del servicio policial crea un riesgo específico, grave y peculiar, al permitir a los agentes portar permanentemente su arma reglamentaria), tiende a imputar a la Administración responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito o falta en vía penal o, en otro caso, responsabilidad directa en vía contencioso-administrativa, a fin de cubrir a la víctima ante la previsible insolvencia del autor directamente responsable. Sin embargo, el riesgo como criterio de imputación objetiva en estos casos resulta excesivo y trastoca la regla de la imputación subjetiva del daño a la Administración, razón por la cual también convendría excluir, o al menos modular, este supuesto de imputación.

C) Supuestos reconducibles a los títulos de imputación (funcionamiento normal o anormal). En especial, la responsabilidad por omisión

La formulación legal de la imputación de daños (funcionamiento de los servicios públicos, normal o anormal) parece determinar que las Administraciones Públicas responderán por los causados tanto de forma lícita como ilícita, con independencia, además, de que traigan causa de la acción (u omisión) de una persona concreta y perfectamente identificada o sean simplemente daños anónimos, referibles sin más al servicio que gestiona la Administración. Precisamente, es el posible entendimiento extensivo de tan amplia formulación legal una de las causas fundamentales, como ya se ha visto, de las críticas que se vienen formulando por algunos sectores doctrinales.

Ahora bien, también nos consta que los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal son verdaderamente excepcionales, tratándose, incluso, de supuestos que deberían ser objeto de indemnización (de hecho lo son) en un sistema de responsabilidad por culpa. Como no se trata ahora de repetir lo que ya ha sido señalado en la doctrina con preci-

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

sión[30], baste decir que un adecuado deslinde, en los términos antes expuestos, entre la institución de la responsabilidad y los supuestos expropiatorios y delimitadores de derechos patrimoniales solventaría en gran medida la cuestión, introduciendo mayor rigor y seguridad, aunque a la postre, por lo que se refiere al resultado final, las cosas quedaran prácticamente como están. Dicho en otros términos, la supresión del funcionamiento normal como título de imputación en bien poco cambiaría la situación actual y, en todo caso, en lo que pudiese modificarla, el cambio no siempre me parece que pudiera valorarse positivamente, sino todo lo contrario.

Téngase en cuenta, a este respecto, que el funcionamiento normal, acotado y aplicado debidamente como título de imputación, no debe cubrir sino los daños que supongan un sacrificio especial e inevitable, vinculado a la consecución de un fin público de interés general; consecución de un fin público de interés general que es justamente lo que justifica y legitima la imposición del sacrificio (concretado en un daño), sin perjuicio de que deba ser indemnizado por trascender de lo que es una simple carga general. Y debe cubrirlos, además, por la sencilla razón de la falta de cobertura compensatoria que en otro caso se produciría, dada la actual configuración jurídica de la expropiación forzosa[31].

La diligente y proporcionada acción de los servicios públicos de seguridad y de protección civil, por poner un ejemplo entre otros posibles, puede suponer para un tercero un sacrificio especial que, siendo jurídicamente legítima su imposición, en la medida que le ocasiona un perjuicio patrimonial debe ser objeto de la correspondiente compensación económica (piénsese en daños materiales que resultan necesarios e inevitables para lograr sofocar un incendio, o para evitar una catástrofe, o para garantizar el orden público, o, en fin, otros muchos más supuestos similares). La razón de que así deba ser me parece clara. Ese perjuicio patrimonial tiene

---

[30] *Vid.,* en particular, el libro de López Menudo, F.-Guichot Reina, E.-Carrillo Donaire, J.A., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 62 ss.

[31] Recuérdese el tenor literal del artículo de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954: "1. Es objeto de la presente Ley la expropiación por causa de utilidad pública o interés social [...], en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos [...], ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio".

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

un efectivo carácter expropiatorio o se puede asimilar al mismo, de manera que su compensación se justifica precisamente por ser esa y no otra su naturaleza jurídica. Que, con arreglo al vigente ordenamiento jurídico, para compensar esos daños se arbitre el cauce de la responsabilidad (dando entrada al título de imputación funcionamiento normal) en lugar de habilitar el de la expropiación forzosa, quizá no sea la solución más adecuada en estrictos términos conceptuales, pudiendo, además, inducir a equívocos y desviaciones; pero no es menos cierto que, siendo ésta la situación, el mantenimiento del funcionamiento normal como título de imputación resulta necesario, siempre que sea –lo diré una vez más– rectamente entendido y aplicado.

Por tanto, en la medida en que el funcionamiento normal se ciña a cubrir los daños de carácter expropiatorio o cuasiexpropiatorio (daños que se tienen que soportar, si bien deban ser indemnizados dada su naturaleza expropiatoria, o por exceder de las estrictas cargas generales), el mantenimiento de tal supuesto resulta necesario en tanto no se reconsidere el alcance mismo de la institución expropiatoria. De ahí que la supresión del referido título de imputación (funcionamiento normal), de no venir acompañada de la apertura del cauce expropiatorio para dar cobertura a esos supuestos, bien pudiera suponer un grave retroceso en el sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos.

Por otra parte, no menos trascendental es la indeterminación que caracteriza al concepto de anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos, de manera que su concreción termina dependiendo en no pocos casos del grado y nivel de calidad que se exijan a las prestaciones administrativas. Quiere decirse, pues, que la línea divisoria entre funcionamiento normal y anormal no deja de ser relativa, por lo que no puede trazarse en abstracto y desvinculadamente de las circunstancias que enmarcan, condicionan y caracterizan en cada momento a la Administración y a la actividad que desarrolla. El nivel de exigencia en las prestaciones y desarrollo de la acción administrativa guarda, en efecto, directa relación con la imputación de daños por funcionamiento anormal. A mayor nivel de requerimiento y exigencia en la calidad de las prestaciones, mayor posibilidad existe de que puedan producirse daños de los que la Administración tenga que responder por funcionamiento anormal, y viceversa.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

En consecuencia, aunque la Administración dejase de responder de los daños causados por funcionamiento normal, no se puede descartar que esos mismos daños pudieran considerarse imputables al funcionamiento anormal. Todo dependerá, como ya he dicho, del grado y nivel de calidad que se exija a la actuación administrativa. Y para concretar este fundamental extremo es necesario dar entrada a un elemento de ponderación, a un estándar medio y comparativo, que, sin embargo, hoy por hoy, es fijado por los órganos jurisdiccionales con un amplísimo margen de apreciación. Se constata así, tal como ha señalado L. Martín Rebollo[32], un elemento fundamental del sistema bastante inseguro e impreciso:

> "[...] el punto de referencia donde poner el listón en los casos de mal funcionamiento o de funcionamiento tardío pura y simplemente no existe más que como una referencia genérica y ambigua, dada la falta de prescripciones legales concretas en la regulación específica de cada servicio y del actuar general de la Administración. Y ahí precisamente se encuentra uno de los elementos disfuncionales del sistema. No hay más remedio que seguir confiando en los criterios jurisprudenciales [...]"

El problema queda desplazado, en consecuencia, a lo que se deba calificar como funcionamiento anormal, siendo muy amplia y variada la tipología de supuestos que pueden plantearse. No obstante, fijaré la atención en uno de los tipos de funcionamiento anormal más problemático, el consistente en la inactividad u omisión de la Administración que aparece como causa del daño y determinante, en su caso, de responsabilidad.

En los supuestos de daños por omisión o inactividad de los servicios administrativos suele surgir con fuerza, en efecto, la cuestión de la determinación de los estándares mínimos de funcionamiento exigibles a la Administración, referente éste necesario para poder valorar la existencia o no de un funcionamiento anormal con alguna mayor objetividad que la resultante de la mera apreciación subjetiva de quien lo sufre y del propio juzgador. La jurisprudencia, como ya nos consta, efectúa esa valoración y en función de que considere que es calificable la omisión o inactividad como propia de un funcionamiento anormal, suele afirmar que concurre la necesaria relación de causalidad. Por el contrario, en caso de llegar al convencimiento de que la omisión o inactividad no excede del estándar

[32] *Vid. La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 79-80.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

exigible al servicio y que, por tanto, ha habido un funcionamiento normal, la consecuencia será normalmente negar la existencia de esa relación o afirmar que no hay daño antijurídico. A ello fuerza, ciertamente, la previsión del funcionamiento normal como título de imputación y el entendimiento del mismo al margen de la naturaleza expropiatoria o cuasiexpropiatoria del daño por el que se debe responder. Pero más allá de estas distorsiones, lo trascendente ahora es que para la determinación de si la omisión o inactividad supone un funcionamiento anormal, se carece normalmente de una directriz, canon o parámetro de referencia. De ahí las oscilaciones de los órganos jurisdiccionales, que ante supuestos equivalentes no siempre dan equivalentes respuestas. Y de ahí la inseguridad e insatisfacción del sistema[33].

Se explica así que venga reclamándose del legislador y de la propia Administración el establecimiento de estándares relativos al funcionamiento normal de los servicios públicos (por vía, incluso, de reglamentos internos del servicio o "cartas de servicio"), de manera que su vulneración sirva al menos como indicio claro de un funcionamiento anormal determinante de la responsabilidad de la Administración (si concurren, claro es, los demás requisitos). Aunque esos estándares no conlleven criterios rígidos y su desconocimiento (al igual que su observancia) no permita siempre una respuesta automática, los mismos pueden coadyuvar a acotar el amplio margen de apreciación con el que, en otro caso, se desenvuelven los órganos jurisdiccionales. Además, como se ha dicho con razón, "dichos estándares permiten garantizar que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración sea realista y se adapte con exactitud al modelo de Administración y de servicios públicos que la colectividad [...] exige y desea en cada momento"[34]. En suma, "el sistema de responsabilidad (por funcionamiento anormal) ha de contar con elementos de comparación, porque si no el sistema acaba careciendo de límites"[35] y con ello sumido en una indeseable inseguridad jurídica.

---

[33] Es habitual que la doctrina lo advierta. Entre otros, *vid*. Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 85: "[...] la responsabilidad por omisión, inactividad o retraso es un tema testigo, pero, a la vez, ambivalente, ya que su aplicación práctica no siempre satisface, dado que no existen pautas, reglas y parámetros de referencia".

[34] *Vid*. Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 263-264.

[35] *Vid*. Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 85.

ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

Pues bien, las cartas de servicios pueden ser un instrumento idóneo para establecer esos estándares que faciliten la apreciación del funcionamiento anormal, en especial por relación a los supuestos de inactividad y de funcionamiento tardío de la Administración[36]. Esas cartas, ciertamente, pudieran establecer estándares manifiestamente insuficientes, reduciendo así el grado y nivel al que queda comprometida la Administración y de esa forma el ámbito mismo de aplicación del funcionamiento anormal. La objeción, sin embargo, no es insalvable, aunque sólo lo sea porque, ciertamente, nada impide que las mismas puedan ser impugnadas o cuestionadas ante los órganos jurisdiccionales, bien directamente o con ocasión de las demandas de indemnización por daños que se planteen. En cualquier caso, más allá del límite de la norma de diligencia del Derecho Penal[37], debe estarse a la decisión de la propia Administración que fija el estándar normativo de diligencia en su actuación.

Aunque a través de los estándares de diligencia incorporados a las cartas de servicios no se logre resolver definitivamente el problema, ninguna duda cabe de que introducirían criterios de mayor seguridad en el sistema de responsabilidad administrativa. La cuestión queda desplazada, por tanto, a una decisión de la ley y, de acuerdo con ella, de la propia Administración, que anticipen y concreten los criterios de actuación a los que queda comprometida. Y aquí las posibilidades que se abren son am-

[36] En este mismo sentido viene pronunciándose la doctrina. Para Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 265, "[...] un instrumento muy útil para introducir esos estándares de actuación administrativa a los que vincular la responsabilidad civil son las cartas de servicios. Cartas de servicios que no se limiten a enunciar declaraciones de intenciones [...], sino que comprometan a las Administraciones Públicas, obligándolas a respetar determinados y concretos estándares de actuación". También, entre otros más, Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 79-80: "De *lege ferenda* cabría apuntar que fuera el legislador quien, en la medida de lo posible, fijara pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia que, en caso de incumplimiento, omisión o tardanza, y supuesta la existencia de lesión, pudieran constituir un punto de referencia más seguro para los tribunales y, en todo caso, un punto de referencia que sería el criterio del legislador y no el subjetivo de cada juez a la hora de determinar si hubo o no retraso, omisión o mala actuación administrativa. Esta misma función la pueden cumplir las llamadas 'cartas de servicio' a las que apunta, para el Estado, la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE) y que regula el RD 1259/1999, de 16 de julio, asumiendo iniciativas similares de otros países europeos".

[37] Como ha dicho Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* p. 277, "no puede considerarse que una actuación administrativa sea correcta, diligente (no puede constituir, en definitiva, funcionamiento normal), cuando sea temeraria para el Derecho penal".

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

plias y diversas, teniendo bien presente que, en todo caso, un estándar alto de calidad de los servicios llevará, como ya he dicho, a un sistema amplio y extenso de responsabilidad por funcionamiento anormal.

En definitiva, el objetivo no puede ser el reducir sin más el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración[38], sino el ajustar debidamente, a sus reales y efectivas posibilidades de actuación, los supuestos de daños por los que debe responder. Y para ello es preciso disponer de pautas previas acerca de cómo debe ser la Administración, protocolizando en la medida de lo posible el funcionamiento de los servicios. Un canon de referencia que no sólo será útil para el juez, sino que lo será igualmente para la Administración y los ciudadanos.

3.5. Recapitulación y algunas propuestas

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal como se encuentra configurado normativamente, es un sistema excesivamente impreciso que genera altas dosis de inseguridad jurídica.

Es un sistema, además, que en la práctica no se viene observando en su integridad. La jurisprudencia muestra, en líneas generales, una clara tendencia a indagar si los daños ocasionados son imputables al funcionamiento anormal de la Administración, excluyendo, en otro caso, la responsabilidad patrimonial de ésta.

En la práctica, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal de los servicios públicos resulta excepcional y mayoritariamente

[38] De ahí que me parezca excesivo propugnar, con carácter general, la exclusión de toda responsabilidad por daños vinculada al no funcionamiento o mal funcionamiento de la inspección, control o supervisión administrativa. En este sentido, Rebollo Puig, M., "Sobre la responsabilidad...", *op. cit.,* p. 228, considera que "debe reducirse drásticamente la posibilidad de que surja la responsabilidad de la Administración por daños que realmente causan sujetos particulares en el desarrollo de actividades puramente privadas por el mero hecho de que esos otros sujetos están sometidos a potestades administrativas de inspección o supervisión de cualquier clase. Además de injusto es sumamente inconveniente (conlleva el efecto de replegar la actividad de control), y no tiene real justificación, porque esas potestades de inspección no le permiten a la Administración sustituir la actividad del sometido a las mismas, ni sustituir su diligencia". Más aún, para el mismo autor, también "[...] debe limitarse la responsabilidad de la Administración cuando las funciones de inspección correspondan a organismos privados, aunque, a su vez, sometidos a ciertas potestades de supervisión de la Administración".

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

ceñida a supuestos en los que los daños presentan una naturaleza expropiatoria o cuasiexpropiatoria, de manera que, en realidad, el funcionamiento normal viene a cubrir daños que, en estrictos términos, deberían serlo a través de la institución expropiatoria, configurada en términos más amplios y flexibles que los actuales. Por eso mismo, en tanto no se reajuste ésta, parece aconsejable el mantenimiento del funcionamiento normal como título de imputación de responsabilidad patrimonial, si bien circunscrito a determinados daños de carácter o naturaleza expropiatoria, con exclusión de cualesquiera otros.

Precisado el alcance del funcionamiento normal como título de imputación (daños que, al igual que sucede con los expropiatorios, debiendo ser soportados por ser necesarios para la consecución de un fin de interés público, imponen un sacrificio especial de carácter patrimonial que excede de las cargas generales y por ello debe ser reparado mediante la correspondiente indemnización), la extensión del sistema de responsabilidad pasa a depender directamente del alcance mismo que se reconozca al funcionamiento anormal.

La dificultad a la que se enfrenta la determinación del funcionamiento anormal de los servicios públicos radica, básicamente, en la carencia de un canon objetivo acerca del grado y nivel que se espera de las prestaciones administrativas. Esa carencia lleva a que, sobre todo en los supuestos de omisión o inactividad de la Administración, la valoración de la conducta de ésta dependa sin más del criterio subjetivo del juzgador. En la medida en que éste considere que los ciudadanos tienen derecho a un alto nivel de prestaciones, más fácil será que aprecie la existencia de un funcionamiento anormal. Por el contrario, de mostrarse menos exigente concluirá que el daño no trae causa sino de un funcionamiento normal, aunque, forzado por la regla indebidamente entendida de que la Administración también responde por los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal, normalmente reconduzca esa apreciación al ámbito de la relación de causalidad para negar que exista, o, alternativamente, proceda a negar que el daño sea calificable como antijurídico.

Convendría, pues, en orden a evitar estas disfunciones, que, sin suprimir el funcionamiento normal como título de imputación, el mismo quedase circunscrito a los supuestos de daños de carácter expropiatorio o cuasiexpropiatorio, en los términos ya expuestos, quedando cualesquiera

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

otros excluidos o al margen de la responsabilidad de la Administración. Y, simultáneamente, convendría también que, para la mejor determinación de cuando el daño le es imputable por traer causa de un funcionamiento anormal, se estableciesen estándares normativos de conducta de la Administración relativos al desarrollo de su actividad[39]. En suma, estándares de diligencia que, conocidos previamente por todos, facilitasen la determinación objetiva de si el funcionamiento ha sido o no anormal.

Aunque con ello no se resolviesen definitivamente todos los problemas, seguramente se daría un paso importante para una mejor y más adecuada configuración y aplicación del sistema de responsabilidad patri-

[39] Como ha señalado Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial..., op. cit.,* pp. 273-274, los ejemplos imaginables de estándares de diligencia exigibles a la Administración que podrían establecerse son numerosos: "periodicidad y forma en que debe revisarse el estado de las carreteras, túneles, puentes y presas, del sistema de alcantarillado, de los medios de transporte públicos (revisiones mecánicas de autobuses, metro, trenes, aviones, barcos y de las infraestructuras que los soportan –túneles, raíles, pistas de despegue, puertos...–), del tendido eléctrico, del software y hardware informáticos empleados por la Administración, del material utilizado en hospitales (así como de sus instalaciones: periodicidad y forma en que se revisará su salubridad para evitar las infecciones nosocomiales), en el ejército (estado del armamento, de los aviones, barcos, submarinos y carros de combate...), en los servicios de extinción de incendios, etc.; elaboración de detallados protocolos médicos (donde se establezcan las pruebas y análisis que habrá que hacer a los pacientes en función de los síntomas que presenten, los análisis a que deben someterse la sangre destinada a transfusión y los productos hemoderivados, en qué supuestos habrá que intervenir quirúrgicamente y en cuáles no, quiénes anestesiarán, operarán y quiénes no, qué elementos se tendrán en cuenta a la hora de incluir a un paciente en una lista de espera, qué medidas profilácticas deberán adoptarse en un hospital, cuándo, cómo y con qué intensidad hay que vigilar a los distintos tipos de pacientes –más o menos graves, con o sin tendencias suicidas–...), medidas de seguridad a adoptar en las carreteras (cuándo y dónde ubicar medianas, alambradas que protejan de desprendimientos de tierras sobre la calzada y vallas que impidan la entrada de animales, cómo deben ser los 'quitamiedos', cuándo, donde y con qué regularidad debe echarse sal en la calzada para evitar la formación de capas de hielo, cómo deben señalizarse las carreteras, prohibición de emplear pinturas deslizantes en la señalización de las vías públicas...), en las escuelas públicas o en las cárceles, revisiones técnicas que la Administración debe efectuar antes de autorizar cualquier tipo de instalación o empresa, análisis e inspecciones que deben efectuar las autoridades encargadas de velar por las condiciones sanitarias de los alimentos y locales abiertos al público, protocolos de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad (cuándo y cómo emplear las armas de fuego, cómo actuar en caso de avisos de bomba o de secuestros...), protocolos jurídicos destinados a homogeneizar el proceso de adopción de actos administrativos y evitar la emanación de actos nulos (comprobaciones fácticas que deben realizarse y normativa, jurisprudencia y doctrina que debe consultarse antes de dictar los distintos tipos de actos administrativos –al menos los más complejos, cuando la interpretación de la normativa vigente resulta más difícil–), protocolos de verificación de la veracidad de las informaciones suministradas por la Administración, etc."

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local

monial de las Administraciones Públicas y, en particular, de las Administraciones Locales.

Por lo demás, del régimen de responsabilidad administrativa deben quedar excluidas las entidades privadas de titularidad pública en el supuesto de que efectivamente desarrollen actividades empresariales en régimen de mercado, sin que se puedan vincular a la prestación de servicios administrativos. En otro caso, habrá de estarse a dicho régimen de responsabilidad. Y del mismo modo convendría ratificar, eliminando al respecto toda duda, que la responsabilidad por daños ocasionados por contratistas interpuestos corresponde, como regla general, a éstos y no a la Administración, debiendo ejercitarse, no obstante, la acción indemnizatoria ante la Administración y, en última instancia, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando al margen la intervención de la jurisdicción civil.

También convendría, en fin, que la responsabilidad administrativa quedase excluida ante cualesquiera daños derivados de actividades o actuaciones estrictamente privadas de los funcionarios públicos.

 ISBN: 978-84-613-5416-0
Fundación Democracia y Gobierno Local