

DESARROLLO Y PERSPECTIVAS DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION

Por JUAN IGNACIO TENA YBARRA

Oficial Letrado de las Cortes

Profesor Ajunto de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. El planteamiento de la cuestión en el periodo constitucional del Estado de Derecho.—II. Los cambios de la realidad político-administrativa.—III. Objetivación y neutralización política del principio de responsabilidad de la Administración.—IV. La ordenación contemporánea del principio de responsabilidad de la Administración y el sistema español.—V. Conclusiones.

I

Los conceptos jurídicos, sobre todo cuando pertenecen al campo del Derecho público, requieren para su entera comprensión el replanteamiento riguroso de su significado, a la vista de las concretas realidades históricas sobre que se apoyan. Esta afirmación, obvia aparentemente, no lo es si se piensa en la fuerza de arrastre con que las etiquetas conceptuales clásicas actúan sobre el contenido de las instituciones y en la presión que la ganga doctrinal y normativa de su pasado ejerce como *a priori* inevitable al pretender aclarar su sentido en un momento determinado.

Hay que tener esto bien presente al tratar de enfrentarse con determinados institutos jurídicos como este de la responsabilidad de la Administración que se ha configurado como secuela de otro importante concepto, el de Estado de Derecho, en el momento en que bajo este nombre se agrupaban una serie de realidades en el orden social, así como determinadas ideologías en el político, que en un espacio de tiempo no demasiado largo han cambiado profundamente, y que constituirían un gran estorbo si no nos desprendiéramos de las mismas para ver el auténtico sentido y la validez actual de los conceptos enunciados. Se trata precisamente de considerar con carácter general la evolución del principio de responsabilidad de la Administración en el Estado de Derecho y la repercusión en aquél de los cambios orgánicos afectantes al complejo jurídico-político a que se ha venido aludiendo con este nombre. Manteniéndose, pues, la relación entre las nociones de Estado de Derecho y responsabilidad de la Administración, el sentido y las perspectivas de

ambas, han cambiado notablemente y en el punto concreto de la responsabilidad de la Administración lo han acusado así ordenamientos jurídicos tan conservadores como el inglés, acreditadamente reacio a la admisión de cualquier innovación pero suficientemente sensible para poder percibir el impacto de la circunstancia público-administrativa que en el momento afecta por igual a todos los países del globo, con independencia de sus contenidos políticos e incluso de sus tradiciones jurídicas.

La idea moderna de la responsabilidad de la Administración, puede forjarse gracias a la formulación de dos principios en torno a los cuales se estructura en su nacimiento el Estado de Derecho: la personalidad del Estado y la división de poderes. Por el expediente de la personalidad del Estado se hace posible la concreción en un centro de imputabilidad de una esfera de derechos y deberes consecuentes a aquella noción; aunque el proceso de integración de la responsabilidad como elemento congruente de esta personalidad del Estado es lento, acaba, sin embargo, por realizarse primero por la aplicación con criterios nuevos a toda la actividad estatal de la vieja distinción entre Erario y Fisco, que originariamente sólo se refería a la sustantividad de dos entidades patrimoniales adscritas a una sola persona, y paralelamente por el juego del principio de división de poderes.

El principio de división de poderes, junto a su primario significado de garantía orgánica de la libertad individual, implicaba al mismo tiempo la expresión racionalista de un criterio de diferenciación funcional en torno al cual se agrupaban idealmente todos los posibles supuestos de la actividad del Estado. Este doble carácter de máxima garantía y de expresión armónica de un orden racional, justifica sobradamente su éxito práctico y teórico en los tiempos fundacionales del Estado de Derecho.

Ahora bien, el principio de garantía actuaba casi por sí sólo en el funcionamiento del poder legislativo y del poder judicial, cuya misión se concretaba en el pronunciamiento del Derecho, pronunciamiento también racionalmente estructurado, que en el legislativo operaba a través del mecanismo de la voluntad general y en el judicial por medio de la automática aplicación de las normas emanadas de aquél. En el poder ejecutivo, en cambio, el automatismo de sujeción al Derecho, no obstante fundarse también en la subordinación a la norma, no llevaba implícitas tantas garantías como en los otros dos, teniendo en cuenta sobre todo que correspondía al mismo y especialmente a aquel sector suyo que comenzó a conocerse con el nombre de Administración, la actuación más inmediatamente en contacto con la actividad paralela o concurrente de los súbditos. Por limitada que fuere la actividad de policía del Estado, en algunos casos habría de chocar con los intereses de los particulares, siendo mucho más frecuentes los rozamientos cuando terminó de precisarse la actividad administrativa en el fomento y en el servicio público, puntos

en que la esfera de intereses en juego se ampliaba considerablemente abriéndose paso a situaciones de perjuicio concreto para determinados súbditos, la garantía de cuya libertad y seguridad constituía el objeto más o menos expreso del Estado de Derecho entendido en su acepción individualista.

Surge así el tema de la responsabilidad de la Administración sobre el supuesto de la oposición entre Sociedad y Estado y en el momento en que a la noción jurídica de éste es esencial la necesidad de garantizar los derechos de los componentes de aquélla frente a su propia actividad, de la cual es la Administración su expresión más específica.

Dada por supuesta la vigencia en el Continente de este esquema teórico y de sus consecuencias, iba a tropezar, sin embargo, en la realidad con un obstáculo, extraño en cierto modo a los puros postulados del Estado de Derecho, pero no por eso menos actuante en el campo del Derecho público: la fuerza de la idea de la soberanía estatal configurada como poder público interno, variable en su formulación, oscilante en su titularidad, mas presente siempre en la base misma del Estado moderno. «Le propre de la souveraineté est de s'imposer a tous sans compensation», dirá LAFERRIERE (1), a finales del siglo pasado, recogiendo una idea que, en cierto modo, se encontraba en el ambiente y que en el Derecho inglés tenía valor de apotegma en el principio «the King can do no Wrong»; el matiz político que encierran estas afirmaciones de inatacabilidad de la soberanía del Estado, denotan cómo el problema de la responsabilidad se planteó en el terreno político, y como expresión de unos principios dogmáticos de exigencia del particular frente al Estado, exigencia que es resistida victoriosamente en Inglaterra, donde el principio de irresponsabilidad no es abolido hasta que viene a implantarse en un terreno distinto y ajeno al dogma de la soberanía del Estado.

El problema era más grave en el Continente, por encontrarse en formación diversos regímenes administrativos de gran envergadura al margen de cuya actuación, llevando la noción de soberanía y la de responsabilidad hasta sus últimas consecuencias, el respeto a aquélla excluía la posibilidad de hacer efectiva ésta. Por otra parte, la sola admisión del elemento antijurídico de la culpa como fuente de responsabilidad, hacía más difícil todavía la imputación a la instancia creadora del Derecho de las consecuencias de los hechos generadores de aquélla, sumándose así para reforzar la tesis de la irresponsabilidad a los argumentos políticos, los jurídicos, extraídos de la cantera del floreciente positivismo.

¿Cómo poder compaginar este principio con la exigencia de garantía

(1) *Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours contentieux*, 2.^a edición, 1896. Años después y desde un ángulo completamente opuesto, ha afirmado DUCUIT la incompatibilidad de las nociones de soberanía y responsabilidad, partiendo precisamente de la negación de la primera como dato esencial de Estado de Derecho.

del particular víctima de un daño y titular, por tanto, de una acción apoyada en los principios mismos del Estado de Derecho? Acreditada bien pronto como insuficiente la primera solución de cargar al funcionario causante inmediato del perjuicio con la responsabilidad del mismo, ha de arbitrarse un artificio ya puesto en juego para hacer posible la actuación del Estado como contratante: la distinción entre la Administración como poder y como persona de Derecho privado; merced a esta segregación, el principio de soberanía quedaba a salvo, por una parte, y por otra, el dato de la culpa concreta originadora de la responsabilidad, si bien quedaba de todas maneras localizada en el funcionario o agente, era desplazado en el momento de indemnizar con carácter subsidiario por una especie de extensión analógica a la persona de la Administración, de la culpa *in eligendo*, *in vigilando*, etc. Soberanía, seguridad individual y responsabilidad culposa se mostraban susceptibles de armonización merced a una distinción conceptual y a la aplicación de ciertos criterios de Derecho privado. En la aplicación de estos criterios, considerando sobre todo su consecuencia práctica de haber hecho en muchos casos ilusorio el principio de responsabilidad de la Administración, no ha de verse, sin embargo, una deliberada evasión de ésta, que posiblemente no existió, sino que, por el contrario, la aplicación del Derecho privado común a la misma, implicaba una tentativa de equipararla a los particulares, sometiéndola a sus mismas normas, tentativa que si no obtuvo la deseable efectividad se debió más sin duda a defectos de la noción jurídica privada de la representación y a lo incompetente de su mecanismo, que a la consciente repulsa por la Administración de su deber de indemnizar. Las doctrinas organicistas rectificaron un tanto aquellos defectos al derivar de la actuación del funcionario, repercusiones más inmediatas para la Administración que se vinculan de forma directa e inexcusable a la gestión o actividad de su órgano, viniendo a recogerse esta tendencia en diversos ordenamientos jurídicos, y especialmente en el alemán.

Así y todo, ampliándose paulatinamente la esfera de la actividad administrativa y consecuentemente las posibilidades de fricción con los derechos de los particulares, por perfecto que fuera el mecanismo de la responsabilidad, no podía llegar a alcanzar más que los supuestos derivados de actuación contraria a Derecho de los órganos administrativos motivadores de perjuicio especial en alguno de aquellos derechos, dejando fuera de su alcance una realidad que a partir sobre todo de principios de este siglo, va a ir haciéndose cada vez más frecuente: la obligación de reparar nacida de actos lícitos de la Administración y normales en el desarrollo de sus funciones, pero lesivos en determinados casos para ciertos administrados.

La admisión de este supuesto de responsabilidad, implicará un im-

portante paso en la ampliación del principio y simultáneamente se llegará también a superar la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, reflejo a su vez de aquella otra de Estado-poder y Estado-persona, rebasándose la esfera de la pura actividad patrimonial en la que primitivamente había estado confinado el principio. La personalidad del Estado o de la Administración, viene a imponerse como una realidad unitaria en la que caben actividades diversas, pero que en ningún momento deja de revestir carácter público, tanto en las actividades en que se desarrolle su poder, como en los que actúe a la manera de las demás personas jurídicas. Ahora bien, sobre estos supuestos, los criterios de Derecho privado no tienen ya posible aplicación y han de ser sustituidos por otros de Derecho público que también en forma unitaria puedan explicar los supuestos de responsabilidad, tanto por actos ilícitos como por actos normales y lícitos de la actividad administrativa, distinción que será acogida en la doctrina con nombres diversos y que se reflejará también en los ordenamientos más progresivos (2).

II

Como consecuencia de un profundo cambio, verdaderamente trascendental en la vida pública contemporánea y que afecta tanto a los principios constitutivos del Estado como al contenido y a los límites de la función administrativa, el actual Derecho de la responsabilidad pública, ha acusado una alteración en sus principios justificativos, que se manifiesta en la abstracción del sistema del supuesto sociológico y de la inspiración política a que más arriba se aludía, hasta desaparecer casi completamente, convirtiéndose el principio de responsabilidad de la Administración en un verdadero elemento técnico y objetivo en la estructura de la actual organización administrativa. Se hace preciso, pues, examinar en forma sucinta ese cambio producido en la estructura misma de la realidad pública contemporánea y sobre el que han operado singularmente dos fenómenos interdependientes e igualmente importantes: la ampliación de los fines del Estado y el consiguiente incremento extensivo e intensivo de su actividad, y la crisis del principio de división de poderes.

(2) El estado doctrinal y legal de la cuestión en los años inmediatamente anteriores a la última guerra mundial se encuentra fielmente reflejados en la conocida monografía de Segismundo ROYO-VILLANOVA: *La responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1932, insustituible para obtener una visión de conjunto del tema. Por lo demás, la bibliografía es tan abundante, que, dada la generalidad del presente trabajo, es preferible prescindir de las referencias que no sean completamente necesarias.

La intensificación de la actividad administrativa (3), que en los supuestos del Estado liberal democrático figuraban tan sólo como una posibilidad excepcional, se ha convertido en el hecho normal de la vida de los Estados, y la rúbrica del intervencionismo que antes podía intentar expresar algo, no sirve hoy para definir la realidad, puesto que la alteración de la vida pública no se debe sólo a un desarrollo técnico superior del poderío y de los medios estatales, sino que va acompañado de un fenómeno sociológico político correlativo: la finísima y conocida tesis de SCHMITT (4) para describir el fenómeno del «totaler Staat» puede ser aplicada en cierto sentido al Estado contemporáneo en general, no resultando así contrapuestas las nociones de Estado total y Estado de Derecho. Efectivamente, frente al dualismo arquetípico Sociedad-Estado de la utopía liberal democrática, la democratización y la socialización progresivas del Estado desde los últimos años del siglo XIX, muestran la superación progresiva de aquel dualismo, y el acercamiento paulatino de la Sociedad al Estado, hasta la inserción del orden social en el orden político estatal. Simultáneamente, la Sociedad ha ido ampliando sus necesidades, complicando, al nivel del progreso técnico y del aumento de población, su actividad económica y sus formas de vida, y, en general, estrechando los vínculos de dependencia constitutivos del complejo social cada vez más actuante sobre el individuo aislado. Socialización del Estado o estatificación de la Sociedad, una y otra cosa expresan la misma realidad alcanzada por diversos caminos: la integración de una complicada vida social en el orden político y como consecuencia la publización de las actividades sociales que se hacen así en cierto modo administrativas.

La crisis del principio de división de poderes se tomó también en determinado momento como dato específico de ciertos regímenes, pero bien pronto se fué encargando la realidad de mostrar el alcance general del hecho. Dejando a un lado el peliagudo problema de orden constitucional que aquella crisis plantea, con referencia al tema de la actividad administrativa, presenta el problema de su repercusión en la estructura de ésta, que venía tradicionalmente determinada como integrante de uno de esos poderes de la trilogía clásica. En este sentido, el expediente de la separación de funciones, inmediato a los primeros síntomas de la crisis del principio de división de poderes, no sirve para resolver la cuestión, puesto que es precisamente la especificidad de lo administrativo como función frente al resto de las actividades estatales, lo que la constituye.

(3) La cuestión es abordada detenidamente y con la maestría habitual por JORDANA DE POZAS: *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en el número 4 de esta Revista, enero-abril 1951.

(4) *Positionen und Begriffe*, Hamburgo, 1940.

No es nuevo en la doctrina administrativa el intento de sustantivizar lo administrativo frente a lo ejecutivo y de configurarlo como poder o función independiente (5); sin entrar en esta ocasión en el desarrollo de la cuestión, no puede dejar de señalarse que nunca como en la actualidad se ha demostrado la actividad del Estado tan *administrativizada* por así decirlo, en el sentido de que la acción administrativa constituye la mayor parte de su objeto y de que la actividad legislativa en sentido estricto, e incluso la jurisdiccional, ven condicionada su eficacia cada vez con mayor frecuencia al desarrollo de una actividad administrativa complementaria o paralela. La legislación presenta cada vez más como sujeto pasivo de sus normas a la Administración, subsumiéndose así la actividad de los particulares paulatinamente en esferas administrativas al ser éstas y no aquélla, lo contemplado por la legislación; llevando hipotéticamente la socialización hasta sus últimas consecuencias la ley agotaría su actividad en la Administración, desentendiéndose de las situaciones jurídicas subjetivas que encontrarían su única garantía en la sujeción de la Administración a la ley (6).

Desde otro punto de vista y apurando el examen de la realidad jurídico-pública contemporánea, podría llegarse más allá, hasta una interpretación «panadministrativista», y en la que por la consideración material del mecanismo estatal, dada la tendencia a la concentración y unificación del poder político en una instancia gobernante, sea cual fuere su forma y estructuración, se llegaría a concluir que todo lo que no es Gobierno es Administración, aunque formal y tradicionalmente se venga llamando legislación o jurisdicción.

Sin insistir en esta última tesis y con sólo contemplar la realidad, se infiere que la actividad administrativa ha rebasado la esfera de lo ejecutivo para desarrollarse en campos ajenos a ésta y sólo limitados por el ámbito de vigencia del poder del Estado; ampliación que ha traído consigo, como se verá en seguida, el que por acción administrativa, se aluda a un concepto mucho más extenso no sólo material, sino también funcionalmente, del que se consideraba hace cincuenta años.

(5) Una de las más expresivas manifestaciones de esta tendencia, por producirse dentro de una Constitución de rígida separación de poderes es el libro de LANDIS: *The administrative process*, Yale University Press, 3.^a ed., 1941 (hay traducción española aparecida en Argentina); manteniendo la división tripartita de los poderes fundamentales, articulaba al margen de ellos este cuarto poder, de acción independiente, pero coordinado a los anteriores por reunir en sí funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.

(6) Vid., en este mismo número, GARRIDO FALLA: *La Administración y la Ley*.

III

La sustitución de los criterios privatistas por otros apoyados en fundamentos de Derecho público, implicaba ya una tendencia a la objetivación del principio de responsabilidad: el criterio de la falta de servicio, por ejemplo, no hacía preciso sino la comprobación de una anomalía en el funcionamiento del servicio público, perjudicial al particular, para engendrar la subsiguiente responsabilidad sin necesidad de investigar la existencia de culpa o negligencia en los funcionarios encargados del mismo; el principio del riesgo administrativo objetiva aun más la relación al prescindir incluso de la anomalía para atender simplemente a la influencia del hecho de la Administración sobre la situación en que la responsabilidad nace. En la misma línea se muestra la teoría del enriquecimiento sin causa administrativa y, sobre todo, el principio político de igualdad ante las cargas públicas admitido universalmente como substrato jurídico público de la responsabilidad de la Administración (7). Se han ido abstrayendo los elementos subjetivos, resaltando progresivamente el sentido de compensación económica derivado de la relación de responsabilidad y debilitándose al mismo tiempo el fondo político que venía informando el derecho a la indemnización, principalmente como derecho constitucional de base liberal-individualista y apoyado sobre el dualismo ciudadano-poder público. El proceso objetivador del principio de responsabilidad de la Administración, sigue adelante en la actualidad y puede hablarse con justeza de su neutralización en el orden político en cuanto que, como en seguida se verá, ha cambiado su carácter individualista para convertirse en garantía objetiva que alcanza al mismo tiempo a la Administración y al particular. Esta asepsia política del principio de responsabilidad de la Administración ha tenido buena prueba al ser admitida en los ordenamientos administrativos alemán e italiano durante los regímenes nacional-socialista y fascista, manteniéndose en ellos la distinción entre la responsabilidad por daños y por actividad normal de la Administración, y siendo incluso compatible en Alemania con la aplicación de la doctrina de la situación jurídica en sustitución de la del Derecho público subjetivo (8).

Esta neutralización es consecuencia en gran parte de la ya señalada inserción del orden social en el orden estatal, cuya más importante con-

(7) Sobre la evolución de estos principios en la jurisprudencia francesa, vid. DUEZ: *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, París, 1938.

(8) Cfr. a este respecto, la obra conjunta sobre el Derecho administrativo nacional-socialista, dirigida y patrocinada por el Reichsminister, Dr. HANS FRANK: *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1937, y más concretamente los capítulos 15 «Die Amtshaftung», por DANNEBECK, y 24 «Das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung», por WERNER WEBER.

secuencia es la de aproximar los intereses sociales a los intereses del poder público, identificándolos prácticamente en muchos casos. La Administración responde al particular de los perjuicios ocasionados, pero no ya por una exigencia de respeto a los derechos individuales fundamentales o por el funcionamiento de las garantías orgánicas del Estado de Derecho, sino, sobre todo, porque el perjuicio especial de un particular o de un grupo de particulares, le viene a afectar en forma más o menos directa, según los casos y la entidad de aquél, en cuanto dichos particulares no desenvuelven ya su actividad social al margen de la Administración, sino en íntima relación con ella, relación que unas veces será tutelar y otras de dependencia o de control, pero que en pocos casos faltará. A medida que se ensancha el campo de la actividad administrativa, la repercusión social de ésta vuelve sobre la propia Administración y las medidas de protección o indemnización al particular afectado, se convierten en garantía técnica de la eficacia y normalidad de aquella actividad; paralelamente a aquel ensanchamiento, el número de interesados en la acción administrativa aumenta y es la propia eficiencia de ésta en la que determina la necesidad de dejar a salvo a los mismos, de las consecuencias lesivas de su desarrollo.

El principio de igualdad ante las cargas públicas, del que se ha hecho ya referencia, principio de equidad y esencial, por tanto, al Estado de Derecho sin distinción histórica y del cual ha desaparecido ya toda su virulencia política para convertirse en una de las metas normales del Estado contemporáneo, ha figurado como base última del principio de responsabilidad de la Administración y como tal sigue manteniéndose; pero actualmente va siendo reforzado por el principio de solidaridad nacional, reflejo también del estrechamiento de vínculos sociales asumidos unitariamente por el crecimiento de la actividad administrativa y en virtud del cual la interdependencia de las esferas particulares acusa con suma sensibilidad cualquier alteración de estas, consecuencia de aquélla. La reparación a los perjudicados especialmente por la actividad del Estado, se hace efectiva por medio de una indemnización repercutida en la comunidad a través del impuesto que pone en ejercicio el principio de igualdad y solidaridad.

En relación con lo anterior y como secuela de la quiebra del principio de división de poderes, el deber de compensación se va extendiendo a esferas públicas no comprendidas en la acepción formal y estricta de la acción administrativa, que, como más arriba se sugiere, es insuficiente para abarcar todos los supuestos de responsabilidad. Como en seguida se ilustrará a la vista de ejemplos concretos, la responsabilidad o al menos el deber de indemnización, se ha llegado a hacer consecuente de los actos legislativos e incluso de los hechos en que si bien ha estado implicado el Estado en su totalidad, muchas veces sería difícil determinar su

imputabilidad, como, por ejemplo, en los casos de daños de guerra. Responsabilidad de la Administración quiere decir ya responsabilidad del poder público (9) o responsabilidad del Estado, de Derecho público interno. La Administración al tener en los comienzos del Estado de Derecho, como se señalaba al comienzo de esta nota, el peso de las relaciones directas del Estado con los súbditos, ha venido a asumir después principios de responsabilidad de otros sectores públicos inicialmente ajenos a ella.

Se acaba de aludir a los daños de guerra, materia en la que ejemplarmente quedan patentes la evolución y características señaladas, a la vista de las últimas disposiciones reguladoras de la cuestión en algunos de los países afectados por la última contienda mundial. La reparación graciable, primera manifestación histórica de la institución y aun el puro derecho subjetivo que se estructuraba, por ejemplo, en la Ley francesa del 19, se ven hoy desplazados por el principio de reparación fundado en la solidaridad y que atiende, sobre todo, a la reconstitución efectiva de los bienes destruidos o afectados por la guerra, en atención a su importancia en la reconstrucción nacional y en la actividad económica del país, según se deduce de la Ley francesa del 46 (10), la *War Damages Act* inglesa del 43 y los trabajos preparativos de una disposición general que en los últimos meses vienen desarrollándose en el Parlamento de Bonn (11). El reemplazo de las indemnizaciones, cuidadosamente determinado, se subordina siempre a la coyuntura económica nacional; la reparación del daño de guerra afecta así tanto a los particulares beneficiarios de la misma como al propio Estado, estando ambos elementos en el fondo de las disposiciones legales; en el proyecto alemán destaca mucho más el principio de solidaridad, ya que la compensación de daños se prevé a base de contribuciones especiales montadas proporcionalmente sobre las fortunas y los bienes menos afectados por la guerra, interviniendo el Estado de forma directa en el empleo de lo así recaudado.

(9) Es la terminología en uso en la doctrina francesa desde el libro de TEISSIER (1906), cuyo título reproduce, entre otros, DUEZ, op. cit.

(10) Cfr. LE TARNEC: *Les regles nouvelles de réparation des dommages de guerre*, París, 1947, con un interesante prefacio de ROLLAND.

(11) Muy expresivos del cambio realizado es el hecho de la incipiente legislación en Alemania, junto a los daños de guerra propiamente dichos de los daños de la ocupación, regidos por disposiciones emanadas de las autoridades aliadas y con fuerza creadora de verdaderos derechos subjetivos en la esfera administrativa interna. Vid VOSS, von ZWEHL y DANCKELMANN: *Kriegs und Besatzungsschädenrech*, Frankfurt am Main, 1951.

IV

Con carácter ilustrativo de lo hasta ahora expuesto, debe destacarse en la ordenación extranjera de la responsabilidad de la Administración, dos datos de Derecho comparado que lo confirman: el perfeccionamiento y la amplitud del sistema francés y la aceptación expresa del principio de responsabilidad de la Administración en el Derecho anglosajón, tanto europeo como americano.

El sistema francés, obra, como lo mejor de su Derecho Administrativo, del Consejo de Estado y modelo por su flexibilidad y carácter progresivo de casi todo el Derecho continental, habiendo ido a la cabeza de los ordenamientos positivos en cuanto el desarrollo y la matización de las teorías de la falta del servicio, el enriquecimiento sin causa y el riesgo administrativo, ha coronado en los últimos años la elaboración del principio de responsabilidad en dos importantes decisiones: una de 1938 y otra de 1944 (12), que abren expresamente la extensión de la responsabilidad a los actos legislativos; es cierto que ninguna de las dos decisiones del Consejo de Estado prevé indiferenciadamente el principio de responsabilidad para todos los actos legislativos que puedan dar lugar a algún perjuicio especial para determinados particulares, pero jugando con el silencio del propio acto legislativo respecto a los posibles perjuicios originados por la aplicación del mismo, se entiende que la presunción se encuentra a favor del administrado, y que no existiendo prohibición expresa de la misma ley, procede en todo caso la reparación del daño. En cualquier caso, la ampliación del principio de responsabilidad es bien notoria y pone muy de relieve la evolución de su fundamento desde principios del presente siglo. Es tanto más significativa esta extensión, cuanto que en el Derecho francés el principio de sumisión a la norma, emanación de la «volonté générale» y elaborada según el procedimiento previsto constitucionalmente, ha ocupado desde la época constituyente revolucionaria, un puesto de especial preeminencia, exagerado, incluso, por la preocupación legalista del positivismo jurídico, no debiendo olvidarse tampoco la posición privilegiada que en el ordenamiento político francés ha tenido continuamente en los últimos ciento cincuenta años la Cámara legislativa. Sólo en virtud del aludido proceso de neutralización política del principio de responsabilidad, ha podido sin duda llegarse a la declaración de responsabilidad del Estado consecuente a actos legislativos.

La estructura tradicional del Derecho público inglés, complejamente integrada de diversos elementos, fruto de una evolución histórica de la

(12) La primera el famoso *arrêt «La Fleurette»*, comentado por Gastón JEZE en la «Revue de Droit Public», 1938, t. 55, págs. 87-103, y la de 1944, reseñada también por éste, en el extenso prólogo a la edición argentina de sus *Principios*.

que ha ido perfilándose con infinitos matices un juego institucional bastante peculiar, y, desde luego, difícilmente comprensible por medio de las fórmulas casi siempre abstractas de los ordenamientos jurídicos continentales posteriores a la Revolución Francesa, determinaba hasta hace muy poco tiempo la existencia en el mismo de tres datos característicos: el principio del «rule of Law», la ausencia de un régimen administrativo en sentido orgánico y el principio «The King can do no Wrong». El principio del imperio de la ley determinaba la sumisión a ella de todos los súbditos del Reino Unido, fuera cual fuere su categoría personal, infiriéndose del mismo la equiparación de las autoridades públicas en general a los particulares en cuanto las consecuencias de sus actos dañosos, sin tener en cuenta para nada el ejercicio de la función pública; este principio de carácter absoluto fué objeto de cierta limitación a finales del pasado siglo y en 1939 (13), que matizaban la cuestión sin atreverse a establecer un sistema general. La ausencia del régimen administrativo en sentido orgánico, cuestión bastante relacionada con el dato anterior, implicaba el no reconocimiento de una entidad unitaria, Administración (14), a los efectos de personalizar en ella las consecuencias de determinados actos, característica de verdadera importancia para el tema de la responsabilidad. Finalmente, el principio de irresponsabilidad de la Corona, reminiscencia mantenida a ultranza de la vieja concepción feudal de la institución, presentaba dos aspectos: por uno, la irresponsabilidad personal del rey, y por otro, la misma irresponsabilidad extendida a los que podían considerarse sirvientes o agentes suyos, que si en un principio se trataba de un núcleo restringido de componentes de su curia o Consejo, vino más tarde a convertirse prácticamente en todo lo que constituye la Administración Central. De este modo el dogma de irresponsabilidad de la Corona venía a chocar fuertemente y a abrogar, en parte, aquel otro del imperio de la ley en cuanto sacaba de su alcance toda la actividad pública desenvuelta por los agentes y sirvientes de la Corona. En los últimos sesenta años se habían pronunciado tímidamente algunas excepciones a este principio en determinados sectores económicos complementados a su vez por algunas decisiones judiciales que ponía de manifiesto la necesidad de ordenar la cuestión con un nuevo criterio.

La realidad administrativa inglesa, afectada como todas las demás por los cambios de la vida social y las exigencias de la vida pública contemporánea, puestas aún más de relieve con ocasión de la experiencia laborista, dista ya mucho de la que agudamente retrató DICEY y ha visto

(13) Por la *Public Authorities Protection Act*, de 1893, y la *Limitation Act*, de 1939.

(14) Sí, en cambio, la personalidad de las entidades locales y subsiguientemente su responsabilidad.

uno a uno necesitados de rectificación parcial o total los principios antes señalados (15). La «Crown Proceedings Act» de 1947 (16) se hace eco de estas modificaciones y se enfrenta ya abiertamente junto con otros problemas, con el de la responsabilidad extracontractual de la Corona (léase Administración Central). Los puntos especialmente concretados en la ley como determinantes de responsabilidad son los daños causados por sirvientes o agentes de la Corona, la infracción de deberes legales de esta como empresaria de sus sirvientes o agentes, y la infracción de dichos deberes sobre dominio, posesión, ocupación o control de la propiedad. Dejando aparte las consecuencias de esta disposición sobre toda la configuración del Derecho administrativo inglés, merece señalarse lo que significa como efectiva discriminación del carácter político de la irresponsabilidad, que sigue quedando a salvo en cuanto a la persona del rey permanece inatacable e irresponsable, y respecto a su significado técnico y administrativo, en que triunfa el principio de la responsabilidad como elemento consustancial a una Administración organizada con cierto carácter racional.

También en los Estados Unidos, rompiendo con las tradiciones anglosajonas recibidas en su ordenamiento administrativo con características peculiares, la Federal Torts Claims Act de 1946 (17), ha regulado para todo el país la responsabilidad de la Administración por daños y perjuicios, o pérdida total de la propiedad privada, o por lesiones corporales o muerte, sin carácter demasiado progresivo, puesto que la responsabilidad se reconoce en base a la acción u omisión negligente o dolosa de cualquier empleado del Gobierno que actúe dentro de la finalidad de su cargo o empleo, en circunstancias de que el Estado de ser una persona privada hubiese sido responsable, y dejando fuera, por tanto, de la regulación actos administrativos lícitos, pero perjudiciales al particular; a pesar de ello, es importante el hecho de la proclamación de la responsabilidad y del establecimiento en la propia «Act» de un verdadero procedimiento administrativo para la reclamación, previo al judicial, también regulado en aquélla y que sin duda en el aspecto anterior se encuentra previsto por los procedimientos complementarios establecidos en otras leyes sobre control de constitucionalidad y demás disposiciones de garantía.

(15) Vid. MURILLO FERROL: *El régimen jurídico de la Administración inglesa*, en el número 1 de esta Revista.

(16) Constituye un completo estudio sobre los precedentes y alcance de esta disposición el libro de BICKFORD SMITH: *The Crown Proceedings Act, 1947*, Butterworth, Londres, 1948; también, G. L. WILLIAMS: *Crown Proceedings*, Stevens, Londres, 1948, y MC MILLAN BELL: *Crown Proceedings*, Londres, 1948.

(17) Incluida en la *Legislative Reorganization Act* (Título IV, secciones 401 a 424), y transcrito su texto en FRAGA IRIBARNE: *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, págs. 567 a 577.

El examen del sistema español sobre responsabilidad de Administración, muestra, en primer lugar, la escasez y antigüedad de los preceptos legislativos que lo regulan, y después, el carácter restrictivo de la jurisprudencia que los ha interpretado y aplicado. Hasta principio de este siglo la legislación sobre la materia no deja de ser equilibrada e incluso progresiva: las viejas disposiciones sobre daños de guerra; los preceptos sobre responsabilidad extracontractual del Código civil, aun con la grave limitación del «agente especial» del art. 1.903, y sobre todo el principio del art. 4.º del Reglamento de lo Contencioso de 1894, recogieron con más o menos alcance el principio de responsabilidad de la Administración, de acuerdo con los criterios de su tiempo, individualista y fragmentario, pero sincronizando bastante a punto con el movimiento legislativo general, siendo complementados particularmente en materia de aguas, epizootias y sanidad, aquellos criterios con referencia a casos especiales.

No cabe ocultar el retraso en que desde principios de siglo entra la máquina administrativa española y de la cual el principio de responsabilidad de la Administración, entre otros, se viene resintiéndose; retraso que en estos últimos años se hace mucho más sensible en cuanto la evolución y complicación de la vida social, y su reflejo en la vida pública se ha producido en España como en los demás países pero quizá con caracteres más agudos. El Estado ha tenido que actuar enérgicamente en la sociedad para una elevación general del nivel de vida, para el control y vivificación de determinadas fuerzas económicas y sociales, y con tales fines ha tenido que arbitrar un aparato administrativo de extensión y complejidad verdaderamente considerables. La jurisprudencia administrativa, sin duda por defectos inherentes a la misma estructura del procedimiento contencioso-administrativo, no ha hecho evolucionar la interpretación de las normas, y, concretamente, en el punto de la responsabilidad de la Administración, la situación real viene a ser la misma que a finales del pasado siglo, con la desventaja que trae el hecho ya señalado de la ampliación de la actividad administrativa y de la movilidad y complejidad de los modernos órganos administrativos, que se traduce, en contra del principio de eficacia que debe informar a una administración vigilante del interés común y no informada en criterios puramente individualistas y anacrónicos, en la debilitación del principio de responsabilidad. La aplicación de los principios de responsabilidad extracontractual contenidos en el Código civil, y concretamente en su art. 1.903, es, como sucintamente se ha examinado, absolutamente inactual y responde al criterio ya arcaico de aplicar a la Administración los criterios de Derecho privado —como tal Derecho privado, no como supletorio—, reflejo a su vez de otra arcaica distinción, vigente también todavía en nuestra jurisprudencia, entre el Estado como poder y como

persona; urge, pues, su superación jurisprudencial o, mejor, su reforma por la vía legislativa normal.

Compete también a la jurisprudencia el interpretar con mayor amplitud otros supuestos como los previstos en el art. 4.º del Reglamento de lo Contencioso, que abre un cauce bastante amplio para la admisión de ciertos casos de responsabilidad por la actividad discrecional de la Administración. Finalmente, el art. 9.º del Fuero de los Españoles al establecer el principio de equidad ante las cargas públicas abre un cauce constitucional para formular en alguna disposición de carácter general, el principio de responsabilidad de la Administración en base a aquella declaración y a la solidaridad de los españoles ante las cargas públicas, implícito en las normas informadoras de la ordenación constitucional del nuevo Estado.

V

Para concretar en un resumen los principios deducidos del sucinto examen realizado de la evolución del principio de responsabilidad de la Administración, debe tenerse en cuenta que dicha evolución no ha logrado aún todas sus metas posibles, y que la experiencia estatal sobre que se funda no ha alcanzado todavía su plena madurez; el régimen de servicios públicos, el experimento de la nacionalización en gran escala, incluso el cambio de sentido de las relaciones interestatales brindará sin duda en un futuro no lejano infinidad de nuevos supuestos en los que el principio ha de encontrar ocasión de entrar en juego y de matizar todavía más su configuración y su alcance.

Esto supuesto, cabe, sin embargo, formular algunas conclusiones como limitadas al momento presente, pero cuyo sentido, verosíblemente, continuará informando la institución en el futuro:

1.º Se ha ampliado el principio de responsabilidad de la Administración, al convertirse en responsabilidad del poder público como consecuencia de la crisis del principio de división de poderes, haciéndose posible la responsabilidad del Estado por actividades no administrativas en sentido formal estricto.

2.º La neutralización o tecnificación del principio como consecuencia de la socialización es un hecho consecuente a la aproximación de los intereses estatales y los sociales, siendo el juego del principio de solidaridad el que responsabiliza a la Administración y no ya la virtud de dogmas políticos concretos.

3.º En el mecanismo jurídico de la responsabilidad se abstrae casi universalmente el elemento de la culpa, para objetivar la relación al sustituirlo por el riesgo administrativo o por la teoría del enriquecimiento sin causa.

4.º Frente a estas manifestaciones observadas en los ordenamientos jurídicos más evolucionados, permanecen en el sistema legislativo español los principios vigentes en la fase liberal individualista del Estado de Derecho, siendo aplicados por la jurisprudencia con criterio regresivo y ajeno a los cambios del Estado y de la organización administrativa.

5.º La renovación del sistema de responsabilidad de la Administración, requerida por exigencias objetivas de la misma organización administrativa española en su estado actual, puede hacerse efectiva a través de algunas medidas concretas:

a) Pronunciamiento expreso del principio de responsabilidad del Poder público acogiendo legalmente los criterios adecuados a la actual realidad jurídico-pública y con carácter comprensivo, tanto de la responsabilidad por hecho del funcionario, superando la posición subjetiva del Código civil, como de la dimanada de la actividad normal de la Administración y originadora de perjuicio especial para algún administrado o grupo de administrados, pronunciamiento que podría apoyarse en el art. 9.º del Fuero de los Españoles.

b) Articulación de los medios procesales adecuados para hacer efectivo el principio de responsabilidad declarado con carácter general, o al menos el contenido en el art. 4.º del Reglamento de lo Contencioso.

c) Reforma y vigorización del sistema contencioso-administrativo que haga posible la actuación eficiente y flexible de la jurisprudencia en relación a los nuevos supuestos de responsabilidad de la Administración que en el futuro se presenten.