

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS BIFÁSICOS

Por

JOSÉ VICENTE MOROTE SARRIÓN
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS BIFÁSICOS.—2. SITUACIÓN TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 4/1999: 2.1. *La elección del legislador por la responsabilidad solidaria en los procedimientos bifásicos.* 2.2. *Única elección posible desde el punto de vista garantista dada la inaplicabilidad del litis consorcio pasivo necesario.* 2.3. *Ventajas de la nueva regulación.* 2.4. *La solidaridad no implica la búsqueda de un único patrimonio.*—3. LA POSIBILIDAD DE ALTERAR EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CASOS DE DISPOSICIÓN EXPRESA.—4. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. SEPARACIÓN ENTRE SOLIDARIDAD EN LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO Y LA EFECTIVA ASUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.—5. LAS SOLUCIONES EN DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO COMUNITARIO: 5.1. *Los modelos alemán, francés e italiano.* 5.2. *La respuesta del Derecho comunitario. La acción de responsabilidad por una normativa ilegal. La importante Sentencia Merkur, de 24 de octubre de 1973.*—6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1999 (núm. 3153/1999): 6.1. *Argumentos del Dictamen.* 6.2. *Críticas:* a) Se separa de la jurisprudencia mayoritaria y de la opción elegida por el legislador. b) Una situación de injusticia material flagrante. c) El razonamiento es más propio para contestar a la acción de regreso. d) El Consejo de Estado y el reestudio del sistema de la responsabilidad en España. e) Otros medios más adecuados de distribución de la repercusión económica de las acciones de responsabilidad.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS BIFÁSICOS

Con la entrada en vigor de la Constitución, la implantación de un Estado autonómico y el reconocimiento de una autonomía constitucionalmente garantizada a entes locales y a universidades (1), se empiezan a plantear con frecuencia problemas de concurrencia de dos sujetos públicos en la producción de daños (2).

(1) Vid., sobre la autonomía universitaria como derecho fundamental, Jesús LEGUINA VILLA y Luis ORTEGA ALVAREZ, *Algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria*, «REDA», núm. 35, octubre-diciembre 1982, págs. 549-566. Vid. también Juan Manuel ALEGRE AVILA, *En torno al concepto de autonomía universitaria (A propósito de algunos caracteres del régimen universitario español. En especial, sus implicaciones funcionariales)*, «REDA», núm. 51, julio-septiembre 1986, págs. 367-396, y en concreto 374-375.

(2) MUÑOZ MACHADO analiza cómo antes de la entrada en vigor de la Constitución prácticamente sólo responde la Administración del Estado, tanto cuando la concurrencia se producía entre un ente local y ésta o cuando se producía por la participación de ésta y

Esta coparticipación en la producción de daños procede en numerosas ocasiones de decisiones tomadas en procedimientos compuestos de dos fases, cada una de las cuales queda asignada a un ente diferente (3).

El mayor número de procedimientos bifásicos existentes en nuestro Ordenamiento guarda estrecha relación con el entendimiento de la autonomía local como la obligatoria intervención del municipio o de la provincia en cuantas cuestiones afecten a un interés municipal o provincial (4). Esto significa que en muchas ocasiones existe un procedimiento en el que los entes locales participan en una primera fase y posteriormente lo hace el Estado o la Comunidad Autónoma poniéndole fin, como en el supuesto del nombramiento de los habilitados de carácter nacional, que después analizaremos. O también el supuesto característico de ciertos planes urbanísticos en los que a la fase municipal sigue una aprobación autonómica (5).

En otros procedimientos bifásicos participan conjuntamente el Estado y las Comunidades Autónomas. Estos procedimientos, enraizados en el federalismo cooperativo de tradición alemana, son un instrumento muy válido en un sistema en el que la distribución de competencias entre los niveles territoriales de poder no se hace mediante la asignación de competencias exclusivas a cada uno de ellos. Los supuestos más habituales son los planes aprobados por el Estado pero en los que las Comunidades Autónomas participan en su elaboración. Valga como ejemplo el Plan Integrado de Salud de los ar-

un organismo autónomo. Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 40-45.

(3) Vid. sobre el tema Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 21.

(4) Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pág. 159: «Quiere decirse, pues, que la garantía institucional del autogobierno local no está referida en nuestra Constitución a un elenco de materias o de competencias en las mismas, y sí tan sólo a la exigencia constitucional de que la presencia en una determinada y cualesquiera materia de intereses de las comunidades locales correspondientes comporte la intervención de las entidades respectivas en la gestión administrativa de la materia de que se trate. El núcleo resistente al legislador ordinario radica, así, en la indisponibilidad por éste del criterio constitucional y de su consecuencia: la obligatoria intervención del Municipio o de la Provincia en cuantas cuestiones afecten a un interés municipal o provincial, de modo tal que la desatención o la indebida aplicación de dicho criterio constitucional comporta de suyo la inconstitucionalidad de la disposición legal de que se trate por inmisión en la autonomía local garantizada.» Vid. de este mismo autor «La garantía institucional: Crítica...», págs. 54-77. Vid. también, en el mismo libro que el anterior, el trabajo de Joaquín GARCÍA MORILLO, «La configuración constitucional de la Autonomía local», Madrid, Marcial Pons, 1988, págs. 17-49. Vid. también Francisco SOSA WAGNER, *Manual de derecho local*, 4.^a ed. rev., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 49-59.

(5) Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *La aprobación definitiva de los planes municipales de urbanismo como acto de fiscalización*, «REDA», núm. 10, julio-septiembre 1976, págs. 521 y ss.

títulos 74 a 77 de la Ley General de Sanidad (6), que es aprobado por el Gobierno tras comprobar que los proyectos de planes de las Comunidades Autónomas que deben incluirse en él cumplen con los criterios generales de coordinación (7).

Se introducen también este tipo de procedimientos con relación a las personificaciones instrumentales de las diferentes Administraciones.

Ha habido que esperar hasta la Ley 30/1992 para que se recogiera en nuestro Ordenamiento un precepto dedicado a la responsabilidad en la que concurrían dos o más Administraciones Públicas (8). El artículo 140 regulaba estos supuestos en clave de solidaridad al establecer que:

«Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria.»

Este precepto se mostró demasiado limitado para hacer frente a las posibilidades que nacían de la actuación de las diferentes Administraciones de un Estado compuesto en el marco del Estado social de Derecho (9). Recogía un único supuesto y era el relativo a las for-

(6) Los artículos más importantes con relación al tema son el 75 y el 76: «75. 1. A efectos de la confección del Plan Integrado de Salud, las Comunidades Autónomas remitirán los proyectos de planes aprobados por los Organismos competentes de las mismas, de acuerdo con lo establecido en los artículos anteriores. 2. Una vez comprobada la adecuación de los Planes de Salud de las Comunidades Autónomas a los criterios generales de coordinación, el Departamento de Sanidad de la Administración del Estado confeccionará el Plan Integrado de Salud, que contendrá las especificaciones establecidas en el artículo 74 de la presente Ley.» «76. 1. El Plan Integrado de Salud se entenderá definitivamente formulado una vez que tenga conocimiento del mismo el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá hacer las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes. Corresponderá al Gobierno la aprobación definitiva de dicho Plan. 2. La incorporación de los diferentes planes de salud autonómicos al Plan Integrado de Salud implica la obligación correlativa de incluir en los presupuestos de los años sucesivos las previsiones necesarias para su financiación, sin perjuicio de las adaptaciones que requiera la coyuntura presupuestaria.»

(7) Vid. en general sobre este tema Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, vol. I, págs. 237-239.

(8) Sin embargo, a punto ha estado este aspecto de pasar inadvertido para el legislador ya que en el proyecto de Ley presentado por el Gobierno no se incluía este precepto, que fue introducido gracias a una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco que pretendía añadir un nuevo artículo 138 bis bajo el título «Responsabilidades concurrentes de las Administraciones Públicas». Esta enmienda fue aceptada por el Grupo Parlamentario Socialista y se estableció como artículo 139, pasando en el Senado a ser el artículo 140, número que finalmente retuvo.

(9) La redacción de este precepto ha sido unánimemente criticada desde su instauración por sus limitaciones. Vid., entre otros, Jesús LEGUINA VILLA, en «La responsabilidad

mas de actuación colegiada del artículo 22 de la propia Ley (10), pero nada decía con respecto a los procedimientos bifásicos.

La jurisprudencia y la doctrina, partiendo del carácter de garantía social de la responsabilidad (11), realizaron una interpretación extensiva de este artículo y entendieron que la solidaridad que establecía era aplicable a otros supuestos, y entre ellos incluyeron a los procedimientos bifásicos (12). Valga como ejemplo una línea jurisprudencial

patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra colectiva *La nueva Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por el mismo autor y por Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 398; Tomás COBO OLVERA, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas (Análisis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero)*, Abella, Madrid, 1999, pág. 764. También, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, en *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 2070; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Francisco GONZÁLEZ NAVARRO y Juan José GONZÁLEZ RIVAS, en *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 508.

(10) Ello, a pesar de que la enmienda del Grupo Vasco se hacía considerando las actuaciones «en las cuales las Administraciones Públicas actúan, no en virtud de la creación de un nuevo ente jurídico, como puede ser un consorcio, sino mediante una actuación a título personal, que tiene su soporte, su antecedente y fundamentación en un instrumento convencional que las partes hayan podido acordar para el ejercicio de una actividad determinada».

(11) DUGUIT ya plantea que la responsabilidad es un sistema de garantía social que opera no porque la Administración haya cometido alguna falta, sino porque la Administración asegura o garantiza a los ciudadanos contra el riesgo social de la actividad administrativa. Leon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3.^a ed., 1930, T. III, pág. 469: «Sólo se puede edificar la responsabilidad del Estado sobre la idea de una garantía social, mantenida por la caja colectiva, en beneficio de los que reciben un perjuicio como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que favorecen a todos. Esta concepción se liga a una concepción que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos modernos, la de la igualdad ante las cargas públicas. La actividad del Estado se ejerce en interés de toda la colectividad; las cargas que ello conlleva no deben caer más pesadamente sobre unos que sobre otros. Si como resultado de la intervención estática se deriva un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe reparar, tanto si existe una falta de los agentes públicos, como si no la hay. El Estado es una especie de asegurador de lo que se denomina riesgo social, es decir, del riesgo que proviene de la actividad social en que se traduce la intervención del Estado... Si el Estado es responsable ello no es porque haya cometido una falta a través de sus agentes; sino únicamente porque asegura a los administrados contra cualquier riesgo social.» Esta misma es la tendencia interpretativa de los países de nuestro Ordenamiento jurídico. En Italia, por ejemplo, como pone de manifiesto Marcello CLARICH, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione in Diritto italiano*, «Riv. Trim. Dir. Pub.», núm. 4 de 1989, págs. 1085-1110, y en concreto 1092: «... la Corte Constitucional y la Corte de Casación (que es el juez civil más elevado por grado) desde el inicio interpretaron el artículo 28 de la Constitución... poniendo en primer plano la responsabilidad de la Administración pública, como garantía de una mayor tutela del dañado». También MARTÍN REBOLLO mantiene que la institución de la responsabilidad patrimonial deriva de la cláusula constitucional del Estado social de Derecho. Vid. Luis MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria», en *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 17. Vid. también la STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 10115): «... la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuadra en el campo de las garantías del ciudadano...».

(12) En esta línea, entre otros, Avelino BLACO ESTEVE, en la obra colectiva, dirigida por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992,*

constante que ha aplicado la solidaridad del artículo 140 a los procedimientos de aprobación bifásica de planes urbanísticos (13). Representativa de esta jurisprudencia, por su claridad didáctica, es la STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 10115) (14):

«Solución ésta de solidaridad que ya cuenta con tradición en el campo de la responsabilidad extracontractual y que resulta coherente con la doctrina jurisprudencial de la titularidad compartida de la potestad de planeamiento... el plan general no deja de ser municipal aunque la Comunidad Autónoma introduzca modificaciones en la aprobación definitiva y tampoco deja de ser autonómico cuando tal aprobación se produce pura y simplemente, por lo que el Tribunal Supremo viene destacando la doble legitimación pasiva del Mu-

de 26 de noviembre), Carperi, Madrid, 1993, pág. 340; Luis MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, en «Documentación Administrativa», núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 11-104, y en concreto 23, y de este mismo autor, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria», *ob. cit.*, pág. 15; Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 165-166. También en esta línea, Francisco Javier JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 353-358. Vid., por su claridad, la Sentencia de 22 de julio de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia: «La dificultad, si no imposibilidad, de determinar qué Administración, en esta actuación concurrente, deberá asumir individualmente la responsabilidad de indemnizar los daños causados en la finca, no es óbice a que como sucede en este caso de actuación administrativa conjunta, la garantía jurídica y patrimonial del interesado venga fijada en virtud del criterio de solidaridad que de modo explícito viene acogido en nuestro ordenamiento, en el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y que permite por ende al particular dirigir su reclamación de indemnización por su cuantía total frente a cualquiera de las Administraciones concurrentes. La jurisprudencia ha tenido ya ocasión, además de superar la interpretación meramente literalista del precepto del citado artículo legal, que limitará la actuación conjunta a la actuación mediante fórmulas colegiadas, admitiéndose bajo la finalidad del precepto, una interpretación extensiva finalista (art. 3.1 del Código Civil), que comprenda supuestos incluidos en su espíritu, o al menos una interpretación analógica (art. 4.1 del propio Código Civil), como sucede en un caso como el presente, de cooperación interadministrativa, por concurso o concurrencia de varias Administraciones implicadas en la actuación conjunta, de las cuales la autonómica, en virtud del RD 642/1985, de 2 abril, recibió por transferencia los servicios correspondientes en materia de reforma y desarrollo agrario, según consta en el expediente administrativo.»

(13) Vid. *Comentarios a la reforma del Procedimiento administrativo*, Coord. Pascual SALA SÁNCHEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 592-593.

(14) Ya antes, en esta misma línea, la STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 6623): «... ha de recordarse que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas. Su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica... De aquí deriva... la conclusión de que aunque el acuerdo de aprobación definitiva contenga modificaciones no podrá olvidarse la legitimación del Municipio y viceversa, el hecho de que la aprobación definitiva sea pura y simple no eliminará la legitimación autonómica...».

nicipio y de la Comunidad Autónoma en la impugnación de los planes...» «... Y aunque no sea necesario puede añadirse que el criterio de la solidaridad obtenido, como se ha visto, en un examen de la cuestión a la luz de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, aparece ya hoy más explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico por virtud de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 30/1992...» «Ciertamente en una interpretación literal del precepto, éste no parece aplicable en el ámbito de la elaboración del planeamiento urbanístico: la expresión “fórmulas colegiadas” alude muy exiguentemente a los órganos previstos en el artículo 22.2 de la propia Ley, es decir, “aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas”, sin incluir así los procedimientos bifásicos en que los diferentes entes públicos participan en la decisión en momentos distintos. Pero la interpretación literal es siempre un mero punto de partida a corroborar o corregir con otros criterios hermenéuticos de mayor entidad: muy destacadamente con el criterio finalista —art. 3.º.1 del Título Preliminar del Código Civil—... es perfectamente posible una interpretación extensiva del artículo 140 que incluya en su ámbito supuestos no contemplados en la letra pero sí en su espíritu o por lo menos una aplicación analógica del precepto en el ámbito del planeamiento urbanístico...»

También en otras materias como la sanidad o la seguridad pública existe una jurisprudencia abundante. La STS de 20 de diciembre de 1997 (R. Ar. 1238 de 1998) declara la responsabilidad solidaria del INSALUD y del INSS a causa de la declaración errónea de la situación de incapacidad permanente total para la profesión derivada de enfermedad común (15). Se trataba de una situación en la que, se-

(15) «Que en la producción del posible daño han intervenido actuaciones tanto del INSS como del INSALUD, pues basta ver los razonamientos de ambos para observar cómo tratan de exculparse atribuyendo culpa al otro en el error de diagnóstico establecido. 3. Que es indudable que en la producción del hecho ha existido un funcionamiento normal o anormal de unos servicios públicos que están a cargo de dichos Organismos, que por otro lado proceden del anterior que los englobaba, cual era INP que dictó la Resolución de 26 enero 1973. 4. Que la responsabilidad, cuando deriva del funcionamiento de diversos servicios públicos, sin que puedan individualizarse, debe imputarse solidariamente a todos ellos, como ha venido a corroborar la nueva LRJ-PAC, en su artículo 140 al contemplar la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas. Todo lo cual lleva a desestimar la falta de legitimación pasiva alegada por el INSALUD, así como, de ser procedente la cuestión de fondo, declarar su responsabilidad solidaria con el INSS.»

gún el artículo 2 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre declaración y evaluación de las situaciones de invalidez, para decretar esa situación por parte del INSS eran preceptivos, aunque no vinculantes, los informes del INSALUD (16). Y también la STS de 13 de febrero de 1999 (R. Ar. 3015), que estableció la responsabilidad solidaria entre un Ayuntamiento que declaró el cierre de una gasolinera por desprendimientos en una montaña cercana y el Gobierno civil que instó tal medida (17).

2. SITUACIÓN TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 4/1999

2.1. *La elección del legislador por la responsabilidad solidaria en los procedimientos bifásicos*

La Ley 4/1999 ha dado nueva redacción al artículo 140 de la Ley 30/1992 y le ha añadido un segundo párrafo. La disposición queda ahora así:

«1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones

(16) El artículo 2 del Real Decreto 2609/1982 establecía: «Artículo 2.1. Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: a) Declarar las situaciones de invalidez permanente en sus distintos grados y las contingencias determinantes de las mismas. b) Declarar, si procede, el nuevo grado de invalidez o la inexistencia de la misma, a la vista de las revisiones por agravación, mejoría o error de diagnóstico.»

Por su parte, el apartado 2 de este mismo artículo 2 establecía: «2. Las competencias a que se refieren los apartados a), b), c) y d) se ejercerán previo informe preceptivo del Instituto Nacional de la Salud, y en cuanto a los apartados a) y b), informe preceptivo igualmente del Instituto Nacional de Servicios Sociales en las materias de su competencia, todo ello conforme a las previsiones del presente Real Decreto y sus normas de desarrollo.»

(17) «El quinto motivo aducido por el Ayuntamiento recurrente, ya que el cuarto fue declarado inadmisibile, se basa en la infracción de la doctrina jurisprudencial, que expresamente se cita, acerca de la falta de legitimación pasiva *ad causam*, porque la orden municipal de cierre de la vía pública y de la gasolinera se dictó en auxilio y a requerimiento del Gobernador Civil de la Provincia. De la propia articulación del motivo se deduce que la causa determinante del cierre fue el acuerdo municipal adoptado al respecto, lo que es suficiente para considerar que concurre legitimación pasiva *ad causam* en el Ayuntamiento demandado con independencia de si los requerimientos de auxilio por parte del Gobernador Civil pudieran generar también responsabilidad patrimonial para la Administración del Estado, la cual, en todo caso, tendría el carácter de solidaria, como vino reconociéndolo la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 15 de noviembre de 1993 —recurso 5403/1990—, 23 de febrero de 1995 —recurso de apelación 1323/1991—, y 20 de diciembre de 1997 —recurso de casación 4577/1993, fundamentos jurídicos cuarto y quinto—) antes de promulgarse la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que, en su artículo 140, recoge expresamente tal responsabilidad solidaria cuando la gestión dimane de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas.»

Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas. 2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.»

El legislador se hace eco de las críticas que había recibido la anterior redacción del artículo y sustituye la expresión «fórmulas colegiadas de actuación» por la de «fórmulas conjuntas de actuación». Se decanta por extender la solidaridad a todos aquellos supuestos en que existe participación coordinada en la producción del daño. Con relación a los procedimientos bifásicos, que son los que aquí se estudian, tras la reforma, quedan incluidos dentro del artículo 140.1 y, por tanto, la regla general seguirá siendo la solidaridad. Es un supuesto de actuación conjunta ya que una disposición de carácter normativo o un instrumento acordado divide un único procedimiento en dos fases, cada una de las cuales se asigna a un ente diferente. Se trata de un supuesto de participación sucesiva de dos o más entes en la prestación de un servicio o en el desempeño de una actividad, y no de un supuesto en que dos Administraciones actúan de forma independiente y, ocasionalmente, concurren en la producción de un daño.

2.2. *Única elección posible desde el punto de vista garantista dada la inaplicabilidad del litis consorcio pasivo necesario*

La opción por la solidaridad es, además, la única posible desde el punto de vista de las garantías del ciudadano ya que nuestra jurisdicción contencioso-administrativa se caracteriza por su carácter revisor y, por lo tanto, por la imposibilidad de dirigir la acción de responsabilidad conjuntamente contra todas las Administraciones que hayan producido el daño. La antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 configuraba a la jurisdicción con un carácter estrictamente revisor (18), y así se expresaba con

(18) Vid., sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*.

claridad en la exposición de motivos al decir: «... la Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración...» (19). Consecuencia de ese carácter revisor era la imposibilidad de que se pudiera entablar una acción contra diferentes sujetos ya que el particular debía tener un acto administrativo que impugnar, y ese acto era precisamente la denegación de responsabilidad planteada ante una Administración (20).

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 parecía tener otro enfoque (21) y de la lectura de su exposición

tiva, «REDA», núm. 11, octubre-diciembre 1976, págs. 728 y ss.; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», núm. 26, julio-septiembre 1980, págs. 496 y ss.; Joaquín María PEÑARRUBIA, *Proceso al acto, carácter revisor de la jurisdicción y eliminación de obstáculos para el acceso a los tribunales: tres sentencias del Tribunal Constitucional sobre la administración y el derecho a la tutela judicial efectiva*, «REDA», núm. 91, julio-septiembre 1996, págs. 477 y ss. Vid. también Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998. Vid. también un análisis de las cuestiones todavía abiertas en aras a la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción de 1988 en Manuel ORTELLS RAMOS, María José MASCARELL NAVARRÓ y Ricardo JUAN SÁNCHEZ, *El proceso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 1998, pág. 27.

(19) La exposición de motivos de la Ley de 1956 insistía en ello: «El texto legal configura la Jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo. Conserva una terminología, como la del recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo.»

(20) La imposibilidad de aplicar el litis consorcio pasivo necesario a esta jurisdicción antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 se recogía con claridad en la STS de 2 septiembre de 1994 (R. Ar 7029): «... la figura procesal del litis consorcio pasivo necesario únicamente goza de sustantividad formal propia en los casos en que la Administración demanda la anulación por lesividad de sus actos conforme a los artículos 56 y 65 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mas no en los que los administrados impugnan los actos de la Administración, en los que la demanda se dirige sólo contra ellos, deviniendo demandados automáticamente por imperativo del artículo 29 de dicha Ley la Administración y todas las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto recurrido, y siendo llamados automáticamente también al proceso, la primera, por la reclamación del expediente administrativo y, las segundas, por la publicación del anuncio de interposición del recurso, según se desprende de los artículos 60, 63 y 64 de la misma Ley, el último tal como regían antes de su modificación por la Ley 10/1992, de 30 abril». Vid. también la Sentencia de 10 de octubre de 1988 (R. Ar. 7460), que recoge que la excepción de litis consorcio carece de operatividad en el proceso contencioso-administrativo, «ya que el recurso no se interpone contra personas determinadas, sino contra un acto, y devienen demandados automáticamente, siendo llamados también automáticamente, la Administración autora del mismo y todos aquellos a quienes hubiera originado derecho, y corresponder la legitimación pasiva en igual proceso, conforme al artículo 29.1.a) a la Administración de que previniere el acto recurrido y no a otra distinta». Vid. también la STS de 8 febrero de 1994 (R. Ar. 1442).

(21) El carácter revisor de la jurisdicción y su entendimiento estricto por parte de la jurisprudencia se ha mostrado tradicionalmente inadecuado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que ha llevado a que cierta jurisprudencia haya flexibilizado la interpretación de este principio, siempre en aras de otorgar una ma-

de motivos se deduce que quisiera superar el carácter revisor de la jurisdicción (22). Pero, sin embargo, en este aspecto se aprecia nuevamente que la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque quiere y en algunos aspectos ha avanzado, no se ha desprendido de tal carácter y que todavía no podemos hablar de un proceso entre partes, sino de un proceso al acto. Si estuviéramos estrictamente ante un proceso entre partes nada obstaría a que el particular pudiera plantear una acción judicial contra todos los posibles responsables de la causación del daño y que, por tanto, la institución del litis consorcio pasivo necesario (23) se aplicase en esta jurisdicción. La inoperatividad del litis consorcio pasivo necesario, tras la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, ha sido ya recogida en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 1999 (Pte. Navarro Sanchís):

«... la excepción de litis consorcio pasivo necesario es una figura del proceso civil que no es trasladable a nuestro campo. Lo que se enjuicia es un acto, disposi-

por protección a los ciudadanos. Así sucedió, por ejemplo, con la STS de 2 de febrero de 1980, Ponente: Martín Martín. En esta Sentencia el recurrente había reclamado en vía administrativa, en concepto de indemnización, la cantidad de cinco millones de pesetas, reclamación que elevó a quince en la súplica de la demanda contencioso-administrativa, cantidad finalmente dejada por la Sentencia de la Audiencia en seis millones setecientos cincuenta mil pesetas, lo que supone una cifra, en todo caso, superior a la solicitada en vía administrativa. Por lo tanto, la Sala admitió que pudiera variarse en vía contenciosa la indemnización solicitada en vía administrativa. Sentencia comentada por Santiago MUÑOZ MACHADO, *Confirmada una nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de la Administración*, «REDA», núm. 24, enero-marzo 1980, págs. 150 y ss. Vid. también el comentario de este mismo autor a la Sentencia de la Audiencia Nacional que la STS de 2 de febrero de 1980 confirma: *La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración*, «REDA», núm. 19, págs. 624 y ss.

(22) Dice la exposición de motivos de la Ley del 98: «Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.»

(23) El litis consorcio pasivo necesario es definido en palabras del TS: «... una creación jurisprudencial derivada de las sentencias de esta Sala y perfectamente asumida por las corrientes doctrinales del derecho procesal, y la misma se deriva de las vinculaciones subjetivas que resultan de los derechos deducidos en juicio, por ello será preciso demandar a todos los sujetos, cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Ya que si el actor no demanda a todos los que, por estar vinculados con la relación jurídica antedicha y deducida en juicio, se produce lo que comúnmente en la doctrina se denomina "defectuosa constitución de la litis"» (STS de 15 febrero de 1999, R. Ar. 1238). Vid. sobre el tema Santiago CAVANILLAS MÚGICA e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992. Vid. también Andrés DE LA OLIVA y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal civil*, I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, págs. 493-511.

ción, inactividad o vía de hecho. La relación jurídico-procesal se entabla con la Administración autora del acto o actividad recurrida. No se demanda a la Administración como se demanda a un particular, sino que se impugna un acto y se trae al proceso a la Administración para que sostenga su legalidad. Esto, básicamente, no ha cambiado con la nueva Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa... Ahora bien, el litis consorcio no actúa como excepción procesal, ya que ni el demandante es libre de emplazar a quien quiera, sino que lo que ha de hacer es recurrir el acto, disposición, inactividad o vía de hecho; ni la Administración puede oponer como causa de inadmisibilidad el que no se haya llamado a terceros a título de demandados, ni el órgano judicial está vinculado por la inactividad de las partes... En suma, no haría falta declarar el litis consorcio pasivo necesario cuando la propia Ley soluciona de antemano la cuestión, ya que el actor no es libre de demandar a quien quiera, sino que la Administración autora del acto recurrido es emplazada con la petición del expediente (art. 50.1) y se persona con su envío (art. 50.2) y los terceros son emplazados, cuando sean conocidos, por la Administración (art. 49.1) y, ante su propia inactividad, por el Juzgado o Tribunal».

Por lo tanto, y dada esta limitación, la única fórmula para que no se deje al particular en esta situación de incertidumbre, que puede llevarle a elegir inadecuadamente al responsable o a tener que plantear diversas acciones contra los diferentes responsables, es la extensión de la solidaridad a todos los supuestos de concurrencia coordinada en la producción del daño.

2.3. *Ventajas de la nueva regulación*

Las modificaciones llevadas a cabo por el legislador nos parecen acertadas por varias razones.

En primer lugar, porque se gana en seguridad jurídica al introducirse una cláusula clara que hace innecesario acudir a la interpretación extensiva de la jurisprudencia, a la vez que permite al operador jurídico elegir con seguridad a la parte demandada, que en este caso podrá ser cualquiera de las concurrentes.

En segundo lugar, la solución adoptada por el legislador es coherente con el fundamento de la institución de la responsabilidad, que se configura como un sistema de garantía social (24). Se trata, con esta solución, de dar las máximas facilidades de ejercer la acción al particular dañado injustamente, eximiéndole de encontrar la parte de responsabilidad que corresponde a cada Administración y permitiéndole, ante la dificultad de esta determinación, el actuar contra cualquiera de ellas (25).

En tercer lugar, la opción por la solidaridad es conforme con el sistema general de responsabilidad establecido en la Ley 30/1992. Nuestro sistema es de responsabilidad directa, por lo que no es necesario proceder contra el agente público causante de la lesión, sino que se procede directamente contra la Administración y, si ésta se ve obligada a resarcir el daño causado, después deberá usar la acción de regreso contra el agente (26). Ello, con independencia de que el agente causante sea fácilmente identificable. Este supuesto puede entenderse como un supuesto también de responsabilidad concurrente entre el agente y la Administración. Existe una concurrencia en la causación de daño, aunque desproporcionada, ya que, como apunta BELADIEZ (27), «... pues mientras que uno de los sujetos (el

(24) Así lo ha establecido con claridad la STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 10115): «tanto en las fórmulas colegiadas como en la elaboración del planeamiento municipal intervienen varias Administraciones lo que puede desorientar al ciudadano a la hora de determinar la Administración responsable en los casos de lesión, de suerte que la protección "al máximo" del interesado justifica una solución de solidaridad, independientemente de que en el ámbito interno de la relación de las Administraciones públicas entre sí hayan de operar criterios delimitadores —art. 18 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial de 26-3-1993».

(25) La concepción garantista de la institución se aprecia también en que, en ocasiones, la Administración incluso responde con independencia de que el daño sea atribuible a ésta, como es el caso de los actos de terrorismo. Vid. sobre el tema Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, ob. cit., pág. 148. Vid. también José-Leandro MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, *La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas*, «REDA», núm. 48, octubre-diciembre 1985, págs. 563 y ss. Vid. también José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS, *Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración*, «REDA», núm. 90, abril-junio 1996, págs. 285 y ss.

(26) Esta obligatoriedad por parte de la Administración de ejercitar la acción de regreso contra el agente causante del daño es otra de las grandes novedades en materia de responsabilidad introducidas por la Ley 11/1999. Esta obligación viene recogida ahora en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992: «La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.»

(27) Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, ob. cit., págs. 140-141.

funcionario, el dependiente) ha sido el que ha causado el daño —daño además que le resulta imputable por haber sido él quien ha creado el riesgo que se ha materializado en el resultado lesivo— el otro (el empresario, la Administración) no ha tenido otra participación en el daño que la de crear con su organización el riesgo de que sus agentes acusen daños a terceras personas». Esta coparticipación o concurrencia causal origina, de manera general, una solidaridad práctica entre el agente y la Administración, permitiéndosele al dañado proceder contra el patrimonio más fiable de los dos, que siempre será el de la Administración.

Con la nueva regulación de la responsabilidad en los supuestos de concurrencia de dos Administraciones en la producción del daño, el legislador no ha hecho sino extender ese régimen general de solidaridad a estos supuestos ya que ha entendido que el fin de la institución es fundamentalmente la protección del dañado.

Y, en cuarto lugar, porque se trata de un problema de justicia material y sobre todo procesal, el establecer que la carga de una complicada individualización de la Administración responsable, o de la cuota de responsabilidad que corresponde a cada una de las Administraciones, no recaiga en el ciudadano, que ya bastante carga asume con soportar la lesión antijurídica.

2.4. *La solidaridad no implica la búsqueda de un único patrimonio*

Por otra parte, no puede entenderse que la extensión de la solidaridad a todos los supuestos de actuación conjunta suponga una obligación para algunas Administraciones de soportar un daño que no han causado. La Administración que se ha visto reclamada por el total de la responsabilidad y que ha soportado el gasto tiene siempre la acción de regreso para solicitar que el resto de Administraciones concurrentes le reintegren la parte correspondiente a su participación en la producción del daño. Como puso de relieve MUÑOZ MACHADO (28), antes de la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, con el establecimiento de un régimen de solidaridad no se trata de encontrar un patrimonio único, normalmente el del Estado, que deba satisfacer la indemnización y soportar de manera individual la lesión producida por varios entes. Con ello

(28) «Está muy bien, desde luego, la búsqueda de patrimonios administrativos solventes. Tampoco hay obstáculo, desde luego, para que, en aplicación de la técnica de las obligaciones solidarias, uno de los responsables pueda ser demandado por la totalidad de lo debido. Pero ¿cuál es la razón para que el otro deudor solidario quede exento?» Vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., pág. 21.

se trata de facilitar la tutela judicial del ciudadano y permitir que éste se dirija contra cualquiera de las Administraciones implicadas y que luego sea ésta la que ya se encargue de repetir contra la otra Administración si la considera responsable.

Además, debe tenerse presente que con relación a las Administraciones Públicas no se plantea el problema de una posible insolvencia de los responsables concurrentes, porque las Administraciones Públicas son siempre solventes. De tal manera que la Administración que ha satisfecho el total siempre podrá resarcirse de lo que haya pagado y corresponda a otra Administración.

3. LA POSIBILIDAD DE ALTERAR EL RÉGIMEN DE LA SOLIDARIDAD EN LOS CASOS DE DISPOSICIÓN EXPRESA

El apartado segundo del 140.1 establece que «el instrumento jurídico de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas».

Este nuevo apartado del artículo 140 establece la posibilidad de que, cuando así se disponga expresamente, pueda alterarse la regla de la solidaridad. Frente a esta interpretación, parte de la doctrina, y significativamente MIR PUIGPELAT, ha entendido que la distribución de responsabilidad a que se refiere este nuevo apartado, y que puede llevar a cabo el instrumento jurídico de la actuación conjunta, tendrá efectos tan sólo internamente, pero que de cara al exterior la regla de la solidaridad no podrá ser alterada (29).

No se comparte esta opinión por dos motivos.

Primero, porque la extensión de la solidaridad, como hemos visto, tiene como objetivo facilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad al ciudadano y suministrarle seguridad jurídica a la hora de entablar la acción y de elegir a la parte pasivamente legitimada. De tal forma lo había entendido la jurisprudencia, que, como hemos visto, antes de las modificaciones de la Ley 30/1992, había ampliado los supuestos de solidaridad para que no fuera el ciudadano el que tuviera que discernir, en un complicado proceso deductivo, quién era el responsable. STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 10115):

(29) Según este autor, esta cláusula permite que el propio instrumento regulador de la actuación conjunta defina *a priori* la parte de responsabilidad que va a asumir cada Administración, pero ello no significa que se pueda establecer un sistema de exigencia de responsabilidad diferente al establecido en la Ley. Vid. Oriol MIR PUIGPELAT, *La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LPJPAC*, en «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, 1999, págs. 997-1038, y en concreto 1002-1003.

«... la conclusión que acaba de recogerse evidencia la terminante dificultad que se presente a la hora de llevar a cabo la imputación a una u otra Administración de la concreta ordenación urbanística causa de la lesión y por tanto para la determinación de la Administración responsable. Y desde luego esta tarea tan compleja no puede pesar sobre el ciudadano. En efecto, recordando la relevancia de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones que con tanto acierto destaca la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, será de indicar que la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuadra en el campo de las garantías del ciudadano, lo que implica que para su virtualidad práctica en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración, independientemente de que en el aspecto interno de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación».

Por lo que si el instrumento de ordenación de la actuación conjunta establece con claridad cuál es la cuota de participación de cada Administración en la responsabilidad, queda igualmente garantizada la seguridad jurídica, ya que el particular a la hora de plantear la acción conocerá exactamente contra qué ente puede dirigirse y en qué porción. Y esto no supone, frente a lo que mantiene MIR PUIGPELAT, un retroceso con respecto a la solidaridad generalizada de la legislación anterior, ya que esta misma posibilidad ya existía antes de las recientes modificaciones, como se pone de relieve en la sentencia más atrás citada:

«... ha de subrayarse qué fácil resulta para las Administraciones autoras del plan eliminar la solidaridad señalada dado que pueden lograrlo sin más que incluir en aquél las indicaciones necesarias para la imputación de sus determinaciones en orden a la atribución del pago de las indemnizaciones: si tal solidaridad deriva de la dificultad que para el ciudadano implica la tarea de determinar la Administración responsable, es claro que con la adecuada previsión del planeamiento puede eliminarse la incertidumbre que justifica dicha solidari-

dad, ello sin perjuicio, innecesario es decirlo, de la viabilidad de la impugnación de tales previsiones, previsiones éstas que, como ya se ha dicho, bien congruentes resultan con las exigencias de la buena fe y de la seguridad jurídica que han de inspirar las relaciones de la Administración con el ciudadano que con ella colabora en la ejecución del planeamiento».

En segundo lugar, si la distribución de responsabilidad de la que habla este apartado 140.1 segundo fuera únicamente a efectos internos, éste debería entenderse como superfluo ya que, obviamente, en cualquier instrumento de actuación conjunta puede establecerse internamente la distribución de responsabilidad, sin que en ese caso este párrafo añada nada (30).

Por último, debe destacarse que la posibilidad de alterar la solidaridad favorece, además, el principio de eficacia consagrado constitucionalmente en el artículo 103, ya que se evita que una Administración indemnice y luego tenga que plantear la acción de regreso contra la otra Administración, con la pérdida que ello supone de medios materiales.

Este apartado, de cualquier manera, parece más pensado para las actuaciones conjuntas realizadas a través de órganos colegiados, o en general para las reguladas a través de convenios, que para los procedimientos bifásicos, cuya regulación se establece habitualmente en disposiciones con rango de ley o de reglamento. Sin embargo, nada obsta a que estas disposiciones establezcan también cuotas de responsabilidad para las diversas Administraciones actuantes en este tipo de procedimientos. Cabría incluso que la ley se remitiera a las cartas del servicio o a instrumentos similares para llevar a cabo tal determinación (31). Es más, no solamente sería posible, sino que sería incluso recomendable.

(30) Por otra parte, parece que el legislador ha querido realizar en materia administrativa una contraposición exacta a lo establecido en los artículos 1137 y 1138 del Código civil, que establecen que las obligaciones se entenderán de manera mancomunada salvo que una disposición concreta establezca lo contrario. De esta contraposición se aprecia claramente la permanencia de un régimen garantista de cara al ciudadano en esta configuración de la responsabilidad de la Administración Pública.

(31) Este supuesto de distribución de responsabilidades en las cartas de servicio entraría perfectamente dentro de ellas. Así, el Proyecto de Real Decreto sobre cartas de servicio y sistemas de evaluación de la calidad de la Administración General del Estado de 1996, que finalmente no vio la luz, en su preámbulo establecía: «Este Real Decreto contempla, por tanto, un doble objetivo. Por una parte, instrumentar la declaración concreta de la misión propia de la Administración General del Estado y, por otra, facilitar la aprehensión de los ciudadanos de lo que pueda esperar de aquélla. Tal es la finalidad de las Cartas de Servicios, que se articulan como documentos esencialmente accesibles al público en general, a través de los cuales los órganos de la Administración General del Esta-

4. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. SEPARACIÓN ENTRE SOLIDARIDAD EN LA RECLAMACIÓN DEL DAÑO Y LA EFECTIVA ASUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Una vez establecido que los procedimientos bifásicos entran dentro del apartado 1.º del artículo 140 y que, por tanto, la regla general es la solidaridad, debe analizarse cuál es el régimen interno de distribución de responsabilidad entre las Administraciones concurrentes a la causación del daño en este tipo de procedimientos.

Cabe la posibilidad de que existan disposiciones que establezcan de cara al interior, y por lo tanto sin desvirtuar la solidaridad de cara al exterior, reglas para la distribución de responsabilidad. En este caso queda fijada de antemano la porción de responsabilidad que corresponde a cada Administración por su participación en la prestación del servicio. Por lo tanto, si una de las Administraciones en virtud de la regla general de la solidaridad ve reclamada el importe total del daño, conocerá con exactitud en qué porciones puede plantear la acción de regreso frente a las otras.

Sin embargo, el supuesto más problemático se plantea cuando no existen esas reglas de distribución *ad hoc* de responsabilidad de cara al interior. Para esos supuestos, ni la Ley 4/1999 ni el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (32) establecen nada al respecto. Esta situación ha sido criticada por parte de la doctrina, que entiende que deberían haberse fijado criterios legales para esa distribución interna de responsabilidad (33).

Dada la laguna normativa, es necesario establecer algunos criterios que sirvan para orientar la distribución de las cuotas de responsabilidad. HERNÁNDEZ CORCHETE entiende que es de aplicación subsidiaria el artículo 1138 del Código civil (34) y, por tanto, la distribución será parciaria (35). Esta solución no parece la más adecuada

do y sus Entidades establecen y difunden los compromisos de la calidad de sus servicios frente al ciudadano, más allá de las obligaciones legal o reglamentariamente determinadas.»

(32) Este Reglamento se limita en su artículo 18.3 a establecer que «en el orden interno, la distribución de responsabilidad entre las distintas Administraciones Públicas se regirá por los criterios que establezcan las fórmulas colegiadas».

(33) Vid. Oriol MIR PUIGPELAT, *La reforma del sistema de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 55. Esta es la línea que se recoge en la ya citada Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado titulada *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ponente David BLANQUER CRIADO, INAP, Madrid, 1997.

(34) «Si el texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.»

(35) Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, *La responsabilidad concurrente de las...*, ob. cit., pág. 1717. El propio autor se da cuenta de la injusticia material a que puede llevar

si tenemos en cuenta que el legislador con la reforma de la Ley 4/1999 pretende dar definitivamente una regulación cerrada, propia y de carácter público a la responsabilidad administrativa (36) que no tenga que hacer uso de los principios del Derecho civil. De esta manera ha establecido incluso que las actuaciones de la Administración sujetas al Derecho privado se regirán por los mismos preceptos que si lo hicieran sujetas al Derecho administrativo (37). Y esto en consonancia con la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los supuestos de responsabilidad de la Administración, cualquiera que sea la forma con la que actúe (38). Sería una contradicción que el legislador intentara cerrar el sistema público de responsabilidad administrativa y que al mismo tiempo se remitiera para estas determinaciones al Derecho civil, ya que lo estaría sacando por la puerta y le estaría entrando por la ventana. Ello, sumado a que esta solución puede dar lugar a resultados tremendamente injustos

MIR PUIG plantea que, para la distribución de las porciones de responsabilidad de cara al interior, deben tenerse en cuenta las pautas establecidas en el artículo 140.2 de la Ley 30/1992 (39), que fija las cuotas de responsabilidad en los supuestos de concurrencia casual o no conjunta. Esta parece, en principio, una solución adecuada de manera general y en particular para los procedimientos bifásicos, aunque, como veremos, los tres criterios por su insuficiencia deberán ser completados con otros. Los tres criterios iniciales son:

este razonamiento y propone que esta identidad de partes se supere con una interpretación progresiva que permita una individualización de las diferentes porciones de responsabilidad.

(36) La propia exposición de motivos de la Ley, en su apartado VI, hace un alegato a favor de la unidad del régimen público de la responsabilidad que se plasma en el artículo 144.

(37) Artículo 144: «Responsabilidad de Derecho privado. Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y ss. de la Ley.»

(38) La propia exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1988 se manifiesta claramente por un régimen enteramente público tanto en el aspecto sustancial como procesal, al decir: «Algo parecido puede decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un único procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la unidad jurisprudencial...»

(39) Vid. Oriol MIR PUIGPELAT, *La reforma del sistema de responsabilidad...*, ob. cit., pág. 55.

En primer lugar, la competencia (40) para tomar la decisión o prestar el servicio. Este es quizás, de los tres criterios enumerados en el apartado segundo del artículo 140, el que tiene menor contenido definidor apriorístico. Es un criterio que presenta importantes ventajas para determinar el responsable en los supuestos de la responsabilidad por omisión de las Administraciones, pero no parece muy clarificador para el caso de los procedimientos bifásicos. En éstos, no cabe entender que la responsabilidad deba recaer en el órgano que formalmente dicta el acto, ya que esto supondría partir de un error de principio cual sería asimilar la distribución de responsabilidad al control revisor de un acto. Se estaría otorgando relevancia únicamente al acto administrativo desde un punto de vista formal, cuando dicho acto no es sometido ahora a revisión, sino que lo que se pretende es resolver en qué medida diversas actuaciones administrativas concurrentes han cooperado en la producción del daño indemnizable. Por lo tanto, el criterio de la competencia no es definitivo a la hora de distribuir la responsabilidad de cara al interior y deberá necesariamente ir acompañado de otros.

El criterio del interés público tutelado tampoco es definitivo, ya que cuando existe una actuación conjunta de dos Administraciones es porque normalmente entran dos intereses diferentes en juego, la protección de los cuales está asignada a entes diferentes, con lo que la disección de las parcelas de responsabilidad no es ni mucho menos automática. Así lo había señalado una jurisprudencia anterior a la Ley 4/1999:

«... puede llegarse a la conclusión de que la indemnización debe pesar sobre aquella Administración, autonómica o municipal, a la que corresponde la competencia para la gestión del interés, autonómico o municipal, en atención al cual se traza la nueva ordenación urbanística determinante de la lesión indemnizable: Se trata, en suma, del criterio del beneficio —*ubi emolumentum ibi onus*—, entendido no como enriquecimiento patrimonial sino como logro que viene a cubrir las exigencias

(40) Eugenio LÓPEZ ALVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», en *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Coord. Pascual SALA SÁNCHEZ, págs. 569-635, y en concreto 600, pone de relieve que la competencia podría identificarse en un sentido amplio como la titularidad del servicio o de la función ejercida. Este criterio ya ha sido tradicionalmente usado por la doctrina francesa para determinar quién es la Administración responsable en los supuestos de concurrencia de Administraciones Públicas en la acusación de un daño. Vid. Michel ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité Administrative*, Hachette, París, 1992, págs. 125-128. Vid. también sobre ello, en España, Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., págs. 80 y ss.

de una concreta manifestación del interés público. Siendo desde luego posibles supuestos en los que [exista] la doble naturaleza de los intereses beneficiados...» (STS de 15 de noviembre de 1993, R. Ar. 10115).

Y, además, también puede suceder que la Administración que provoca la lesión actúe en atención a un interés público no propio, sino de otra Administración, y resulta injusto que esta segunda deba satisfacer los perjuicios causados por el funcionamiento de aquella, sobre todo si es anormal, aunque lo haga para cuidar un interés que ésta tiene encomendado. STS de 15 de noviembre de 1993 (R. Ar. 10115) (41).

Por su parte, el criterio de la intensidad de la intervención tiene una importante fuerza clarificadora. Debe interpretarse, a nuestro juicio, en estrecha relación con el concepto de discrecionalidad.

En los procedimientos bifásicos en los que existe una Administración Pública a la que corresponde la actuación y la decisión materiales y otra a la que corresponde la adopción formal del acto administrativo, hay que diferenciar dos supuestos.

El primero es el caso de que la Administración que formalmente dicta el acto tenga atribuido el control de la legalidad del mismo y la lesión se produzca como consecuencia de su ilegalidad. En ese caso parece lógico que la responsabilidad se divida, e incluso que se divida en partes iguales, ya que las voluntades concordaban en el contenido del acto que produjo el daño. Si la responsabilidad no se generase por ilegalidad del acto, parece que incluso la Administración que formalmente resuelve no debiera soportar parte alguna de responsabilidad.

(41) «C) Las indicaciones que acaban de hacerse sugieren otra solución que es la de que las indemnizaciones habrían de correr a cargo de la Administración autonómica en cuanto derivasen de determinaciones urbanísticas introducidas por ella y a cargo del Municipio en cuanto naciesen del resto del contenido del plan: el criterio sería así el de imputar la ordenación urbanística causante de la lesión a la Administración que la introdujo en el plan.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que la Administración que traza la ordenación que provoca la lesión actúe en atención a un interés público no propio, sino de la otra Administración: recuérdese que la Administración autonómica, por un lado, y la municipal, por otro, aun en el ejercicio de su propia competencia, han de “ponderar... la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones” —arts. 55.b) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y hoy 4.º.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—. Resulta así posible que el Municipio establezca una cierta ordenación para hacer viable un proyecto autonómico —arts. 9.2 del Texto Refundido de 1976 y hoy 69.2 del Texto de 1992— y también que las determinaciones introducidas por la Comunidad Autónoma en el trámite de aprobación definitiva por motivos de legalidad —SS. 13-7-1990, 30-1-1991, 18-5-1992, etc.— obedezcan a la realización de intereses locales. Y aún podrían añadirse los supuestos en los que la nueva ordenación urbanística causante de la lesión sirva para el logro conjunto de intereses locales y autonómicos.»

El segundo supuesto sería el caso de que el órgano que formalmente dicta el acto ejerza un control de oportunidad. Si ejerce ese control de oportunidad y cambia el contenido material de la propuesta y de ello se deduce un resultado dañoso, parece justo que sea el último el que deba responder. Si, por otra parte, podía ejercer un control de oportunidad y no lo ejerció o estuvo de acuerdo con la propuesta, de nuevo ambos deberán responder por partes iguales.

Pero de cualquier manera y aunque, en principio, los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención (sobre todo este último) puedan ser útiles y puedan transportarse para la distribución interna de las porciones de responsabilidad, no debe desconocerse que siempre en esta materia jugará un importante papel el juez, ya que estos criterios son conceptos jurídicos indeterminados que necesitan de una interpretación judicial final y, además, porque con ellos habrá supuestos que no se puedan resolver y necesariamente deberán introducirse otros de creación jurisprudencial (42). A la jurisprudencia corresponde, aplicando estos y otros criterios, fijar unas categorías al estilo francés para introducir cierto automatismo y mayor economía de recursos, no dando lugar a procesos para calcular nuevamente y cada vez las porciones de responsabilidad.

5. LAS SOLUCIONES EN DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO COMUNITARIO

5.1. *Los modelos alemán, francés e italiano*

En otros países de nuestro entorno jurídico, el régimen de la concurrencia de varias Administraciones en la causación de un daño está configurado de tal manera que no hace recaer sobre el ciudadano el deber de identificar las porciones de responsabilidad que corresponden a cada Administración. En unos casos porque se aplican las normas del Derecho civil y los órganos competentes para enjuiciar estos supuestos son los de la jurisdicción civil y, por tanto, se

(42) Estos criterios ya habían sido manejados por la jurisprudencia con anterioridad, aunque no para establecer cuál es la parte que corresponde indemnizar a cada Administración una vez que una ha satisfecho el total, sino para encontrar al ente que debería soportar la carga de indemnizar en su totalidad como responsable único, y habían dado como resultado una tremenda casuística en los resultados, y su difícil aplicación había provocado que a los procedimientos compuestos de dos fases se les extendiera la responsabilidad solidaria. Se ha llegado a decir por parte de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que se trata de precisiones «difícilmente manejables en el plano jurídico... y es de temer que no lleguen a tener consecuencias en el orden práctico». Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 6.ª ed., Civitas, Madrid, pág. 404.

acude a la figura del litis consorcio pasivo necesario, y en otros porque la jurisprudencia ha establecido una casuística que ha simplificado mucho las cosas al ciudadano para conocer de quién debe reclamar.

En Italia, la tendencia actual es perfeccionar la protección de los administrados aumentando las garantías en el campo de la responsabilidad administrativa. En el país transalpino, a pesar de que la responsabilidad administrativa se rige, salvo excepciones, por las normas generales del Derecho privado, se ha establecido que la responsabilidad de la Administración no es subsidiaria con respecto al funcionario, sino solidaria (43). El tema no presenta problemas desde el punto de vista procesal, en cuanto a la concurrencia en los procedimientos bifásicos, ya que, salvo excepciones, la responsabilidad de la Administración se sustancia según las reglas del Derecho civil y ante el juez ordinario (44). En este caso y de acuerdo a las reglas procesales civiles, el dañado ejercita la acción contra las diferentes Administraciones que han provocado el daño y, por tanto, se plantea un litis consorcio pasivo necesario (45).

(43) Este mismo entendimiento de la responsabilidad directa como un supuesto de solidaridad en Italia, donde el sistema se basa en la responsabilidad directa del funcionario, en Marcello CLARICH, *La responsabilità civile della...*, ob. cit., pág. 1092. El sistema italiano de responsabilidad viene caracterizado tradicionalmente por ser de tipo directo, subjetivo y que sólo indemniza, según la tendencia tradicional, la lesión de los derechos subjetivos, pero no de los intereses legítimos. Sin embargo, existen dos líneas de cambio. La primera se pone de manifiesto en la legislación, que cada vez con mayor frecuencia establece supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración, como es el caso de la Ley de 13 de diciembre de 1962 sobre instalaciones nucleares, y que reconoce algunos supuestos en los que el Estado responde objetivamente con independencia de su participación o de la existencia de negligencia en la vigilancia de las instalaciones. Y, por otra parte, la jurisprudencia en primer lugar admite que determinados casos que tradicionalmente entendía que se trataba de lesión de intereses legítimos, se trata ahora de lesión de derechos subjetivos y, por tanto, indemnizables. Este es el caso de un Tribunal que falla de forma arbitraria y discriminatoria un concurso para una plaza de profesor universitario dañando su buen nombre, su reputación y, por tanto, los derechos subjetivos conexos. Vid. en general, sobre las nuevas tendencias en materia de responsabilidad en Italia, Marcello CLARICH, *La responsabilità civile della...*, ob. cit., págs. 1092 y ss.

(44) Literalmente, Marcello CLARICH, *La responsabilità civile della...*, ob. cit., pág. 1086: «De todo lo dicho hasta ahora se deduce que con relación a la Administración Pública sirven los principios de la Responsabilidad previstos por el Código civil y que la aplicación de éstos se reserva al juez civil, prescindiendo del hecho de que la acción se haya interpuesto contra un privado, contra la Administración o contra un agente público.»

(45) Vid. Vincenzo CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, págs. 706 y ss. Vid. también Pietro VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1995, págs. 418 y ss. Vid. en general, sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas en Italia, el clásico trabajo de Renato ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1955, y los trabajos de Salvatore VAGNONI, *La responsabilità nelle Amministrazioni statali e negli enti locali*, Giuffrè, Milán, 1992; Domenico SORACE, *Le responsabilità pubbliche*, Cedam, Padua, 1998. Vid. también, aunque con un enfoque más específico, dirigido a analizar la responsabilidad personal del funcionario, Francesco GARRI, Nicola MASTROPASQUA, Mario RISTUCCIA y Amedeo ROZERA, *Rassegna in materia di Responsabilità amministrativa e contabile*, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 1992.

En Alemania no existe un régimen público propio de responsabilidad de las Administraciones Públicas y son de aplicación las disposiciones del Código civil, y en particular los artículos 839 (46) y 840 (47), que establecen un sistema de responsabilidad administrativa de carácter subsidiario, subjetivo y solidario por los daños causados a un tercero. Si existen varios responsables que hayan ocasionado el daño concurrentemente, el particular podrá dirigirse contra todos aquellos que entienda que han contribuido a causar su lesión, que responderán de forma solidaria (48). La solución en Alemania desde el punto de vista procedimental es completa ya que, además de establecerse el régimen de solidaridad, se permite la interposición de la acción de responsabilidad contra todas las personas que hayan intervenido en la causación del daño. Es, por lo tanto, el alemán un sistema muy completo desde el punto de vista procesal.

En Francia, en la mayoría de los casos de concurrencia, tanto la jurisprudencia como la legislación tratan de individualizar al responsable y, por tanto, la solidaridad no es la regla general. La jurisprudencia ha establecido una serie de criterios que ayudan al particular a conocer con claridad contra quién puede actuar para que su reclamación no resulte rechazada por falta de legitimación pasiva (49). Ahora bien, una vez esto fijado, recientemente doctrina y jurisprudencia se han mostrado partidarias de reconocer sin ambages la solidaridad en todos aquellos supuestos que no entren fácilmente dentro de una de esas categorías jurisprudencialmente fijadas y exista dificultad para el ciudadano en conocer contra quién deberá actuar. Como pone de manifiesto PAILLET (50), «... en algunos casos y en el

(46) Artículo 839: «Si un funcionario, dolosa o negligentemente, infringe un deber oficial que le incumbe frente a un tercero, indemnizará al tercero cualquier daño que aparezca por esto. Si sólo la negligencia es imputable al funcionario, sólo cabe dirigirse contra él si la parte perjudicada es incapaz de obtener la indemnización por cualquier otro modo.»

(47) Artículo 840.1: «Si varias personas son responsables del daño responderán conjuntamente del daño que se deriva de un acto ilícito como deudores solidarios.»

(48) También el artículo 841, relativo a la división de la responsabilidad profesional, avala esta teoría. Artículo 841: «Si un funcionario, en virtud de su deber profesional, tiene que designar a otro para la gestión de un asunto para un tercero, o tiene que supervisar la gestión de dicho asunto, o de colaborar en él para la aprobación de los negocios jurídicos, es, siempre que cometa una infracción del deber, responsable conjuntamente con la otra persona de cualquier daño causado por esta última; entre ellos sólo la última es responsable.» Vid. en general, sobre el sistema alemán, el clásico trabajo de Fritz OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 3.^ª ed., C. H. Beck, Munich, 1983. Vid. también un buen análisis del sistema de responsabilidad en BADURA, EHLERS, ERICHSEN, OSSENBÜHL, PAPIER, RÜDOLF y RÜFNER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.^ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1998, págs. 671-697. Vid. también, por su claridad y la explicación a través de un cuadro sinóptico, Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.^ª ed., C. H. Beck, Munich, 1999, págs. 625-666.

(49) Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., pág. 90.

(50) Vid. Michel PAILLET, *La responsabilité administrative*, Dalloz, París, 1996, págs. 82-83.

marco de una jurisprudencia favorable a las víctimas, éstas podrán reclamar una reparación a cualquiera de las Administraciones implicadas o bien conjuntamente». Esta nueva orientación, que se entronca dentro de una corriente jurisprudencial y legal partidaria de una ampliación de los supuestos en que debe indemnizarse al particular (51), se inicia con relación a los accidentes producidos por una vacunación obligatoria que provocó irritaciones y alergias. En ese caso y dados los problemas de identificación del responsable, el Consejo de Estado entendió que la víctima podía dirigirse para reclamar la indemnización tanto al Estado como al Departamento, dado que existía una estrecha colaboración entre ambos para la prestación del servicio (52). De la misma manera se ha permitido solicitar la indemnización al Estado en los supuestos de transmisión del SIDA, dada la dificultad para el ciudadano en muchas ocasiones de determinar con claridad quién era la Administración responsable (53).

En el caso de los procedimientos bifásicos en el Derecho francés, las reglas no son extrapolables al Derecho español ya que la solidaridad no es la regla general. Ello no obsta a que el sistema, de cara al ciudadano, esté dotado de fuertes garantías ya que, en virtud de esos criterios establecidos y aplicados reiteradamente por la jurisprudencia, el ciudadano puede actuar contra un ente con seguridad de acertar y, en el supuesto de que no exista precedente o se trate de un nuevo supuesto, la jurisprudencia, como hemos visto, no tiene inconveniente alguno en aplicar la solidaridad.

De este breve análisis se desprende que en ninguno de estos tres países se hace recaer sobre el ciudadano la carga de discernir contra quién se debe ejercitar la acción de responsabilidad en los casos de producción de daños derivados de procedimientos bifásicos. En Italia y en Alemania se admite el litis consorcio pasivo necesario, y en Francia la jurisprudencia ofrece criterios estables para conocer contra quién se debe proceder.

(51) Vid. los supuestos de ampliación de la responsabilidad *sans faute* en Jean Marie AUBY y Jean Bernard AUBY, *Institutions administratives*, Dalloz, París, 1996, págs. 353-354.

(52) Vid. CE, Ass. de 13 de julio de 1962, *Lastrajoli*, Rec. CE, pág. 506.

(53) Vid. CE, Ass. de 9 de abril de 1993, *M.D.*, Rec. CE, pág. 110. En otras materias se ha seguido esta misma línea jurisprudencial, como en algunos supuestos de prestación del servicio de transportes (CE 24 de marzo de 1980, *Chevrier*, Rec. CE, pág. 309).

- 5.2. *La respuesta del Derecho comunitario* (54).
La acción de responsabilidad por una normativa ilegal (55).
La importante Sentencia Merkur, de 24 de octubre de 1973

La Administración comunitaria no dispone de una Administración propia descentralizada en los Estados miembros y opera en ellos a través de las Administraciones nacionales, por ello es difícil encontrar supuestos de concurrencia en la causación del daño de ambas Administraciones *stricto sensu*. Los supuestos más comunes y que nos pueden aportar luz al problema aquí tratado son los de concurrencia UE-Estado miembro en la responsabilidad a causa de la aplicación de las disposiciones normativas comunitarias por los Estados. El TJUE tiene establecido que la responsabilidad derivada de la aplicación de disposiciones normativas se genera sólo en el caso de que éstas sean ilegales.

El Tribunal de Justicia, en principio, había declarado que la responsabilidad de la UE es subsidiaria con respecto a la de los Estados

(54) Vid. con relación a este tema los trabajos de Santiago MUÑOZ MACAHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., y en concreto págs. 321-386. Vid. también *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo*, «Documentación Administrativa», núms. 237-238, enero-junio 1994, págs. 105-138; *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*, publicado por la Escuela Libre de Derecho y Economía, y que recoge la conferencia inaugural de esta Escuela pronunciada el 27 de abril de 1998, 19 págs.

(55) Con relación al Derecho comunitario, éste, en teoría, debería basarse en «los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros». La única regulación material de la responsabilidad extracontractual se encuentra recogida en el artículo 288 (antiguo 215): «... En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.» Este precepto ha sido completado por la jurisprudencia, entre otras, en la STJUE de 28 de enero de 1999, asunto 230-295: «En virtud del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado y de los principios generales a los que esta disposición se remite, la responsabilidad extracontractual de la Comunidad implica la concurrencia de varios requisitos en lo que atañe al carácter ilícito del comportamiento imputado a la Institución, a la realidad del daño y a la existencia de un vínculo de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio alegado (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1981, Ludwigshafener Walzmühle y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 197/80, 198/80, 199/80, 200/80, 243/80, 245/80 y 247/80, Rec. pág. 3211, apartado 18; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de julio de 1998, Bergaderm y Goupil/Comisión, T-199/96...)» Pero esto no ha sido del todo así, hasta tal punto que, según MUÑOZ MACHADO, parece que el proceso es el inverso y que los principios de Derecho comunitario están influyendo en los Derechos de los Estados miembros. Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos...*, ob. cit., págs. 105-138, y en concreto 129. Este mismo autor ya apuntaba que esta posibilidad debía estimularse en su trabajo *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del...*, 19 págs., y en concreto en la 16.

Como ha puesto de relieve MUÑOZ MACHADO, la tendencia en la regulación de los servicios públicos por parte de la UE es establecer la solidaridad entre las Administraciones que concurren en la prestación de éstos. Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente...*, ob. cit., pág. 77.

miembros (56). En estos casos deberá acudirse en primer lugar a las jurisdicciones nacionales y los órganos de éstas pueden plantear una cuestión prejudicial sobre la validez del acto normativo que ha podido ocasionar indirectamente la lesión. Si así no se consigue el resarcimiento correspondiente, podrá acudirse a la jurisdicción comunitaria (*Société Grands Moulins des Antilles*, de 26 de noviembre de 1975) (57).

Sin embargo, el propio Tribunal ha recogido en muchos supuestos la posibilidad de que el particular se dirija contra la UE directamente sin haber pasado por las jurisdicciones nacionales. Con lo que, en la práctica y con independencia de la terminología que se utilice, el TJUE establece la solidaridad para dar las máximas garantías a los ciudadanos en estos supuestos de concurrencia y les permite accionar contra cualquiera de las dos Administraciones.

La Sentencia *Merkur*, de 24 de octubre de 1973 (58), es muy significativa. En esta Sentencia se solicita responsabilidad a la UE por la aplicación del Reglamento 974/71 del Consejo, que no establecía medidas compensatorias para ciertos productos para cuya comercialización se establecían restricciones y, por tanto, la aplicación del Reglamento habría producido ciertos daños a los exportadores alemanes. El Tribunal, tras establecer que la acción de responsabilidad no puede utilizarse para lograr la declaración de nulidad de un determinado acto normativo, ya que para ello existe un procedimiento específico, establece que en este caso debería acudirse en primer lugar a las jurisdicciones nacionales para solicitar esta indemnización por aplicación del Derecho comunitario, ya que lo que aquí se solicitan son los daños producidos por la aplicación de este Reglamento y que el órgano jurisdiccional nacional debía plantear la cuestión prejudicial del artículo 177 si tenía dudas de la legalidad de la disposición. Pero, como hemos dicho antes, tras dejar esto constatado, lo que dice el Tribunal es que «sería contrario a una buena Administración de justicia, y a las exigencias de economía procesal, el obligar a la recurrente a acudir a las vías de Derecho nacionales y a esperar, de este modo, durante un prolongado período de tiempo, que se falle definitivamente sobre su pretensión». Y, por lo tanto, en virtud de una visión garantista de la acción de responsabilidad admite

(56) Sentencia *Kampffmeyer*, de 14 de julio de 1967.

(57) Rec., págs. 151 y ss. Se trataba de los perjuicios irradiados por la aplicación de un Reglamento comunitario relativo a las medidas compensatorias para los *stocks* de cereales remanentes al final de la campaña. En este caso el Tribunal declara que, dado que la Sociedad Grands Moulins des Antilles no ha planteado la acción de responsabilidad correspondiente ante la jurisdicción nacional, debe declararse la inadmisión.

(58) Asunto 43-72, *Merkur-Aussenhandels-GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 1055 y ss.

la acción de responsabilidad y entra a conocer sobre el fondo del asunto.

En esta misma línea también se han pronunciado otras Sentencias, como es el caso de la Sentencia *Mulder*, de 19 de mayo de 1992 (59). En este supuesto se solicitó responsabilidad extracontractual de la UE a causa del Reglamento 857/84, sobre normas generales para la aplicación de la tasa suplementaria sobre la leche, que fue declarado contrario al principio de confianza legítima. Los afectados, a pesar de que este Reglamento habilitaba a los Estados a adoptar medidas correctoras de las posibles injusticias, se dirigieron contra la Comisión por ser la autora del Reglamento y el TJUE admitió la acción de responsabilidad y condenó a la Comisión a resarcir los daños ocasionados de la aplicación de este Reglamento.

También la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 1997, en el asunto C-362/95 P. Las autoridades aduaneras del Reino Unido exigieron a una empresa el pago de un derecho antidumping provisional, con arreglo al Reglamento (CEE) número 3052/88 de la Comisión, de 29 de septiembre de 1988, por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados productos originarios de la República Popular de China. Esta Sentencia permite solicitar la responsabilidad directamente de la UE y no exige que primero se acuda a las jurisdicciones nacionales. También otros supuestos similares, la Sentencia de 9 de diciembre de 1997 en los asuntos acumulados T-195/94 y T-202/94, o la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1998 en el asunto T-119/95.

De todo ello se deduce que existe una línea jurisprudencial comunitaria favorable a la extensión de la solidaridad a estos supuestos de coparticipación en la producción del daño.

6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1999 (3153/1999)

La línea de tendencia hacia la solidaridad consagrada en la LRJAPPAC parece quebrarse con el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 1999.

(59) Rec., pág. 3061

6. 1. *Argumentos del Dictamen*

El supuesto del que se ocupa este Dictamen es una reclamación de indemnización a la Administración por los daños producidos al actor por su exclusión del concurso de funcionarios locales con habilitación nacional para cubrir la Secretaría de la Diputación Provincial de Valencia. La exclusión fue anulada por la Audiencia Nacional, que dispuso la retroacción del procedimiento de concurso para la provisión de la plaza. Así se procedió a ello y como consecuencia se adjudicó al actor la referida plaza. Posteriormente, el actor entabló una acción de responsabilidad contra la Administración General del Estado por las diferencias retributivas existentes entre los complementos específicos de los puestos de la Secretaría que desempeñó y el que obtuvo finalmente desde que se realizó la primera adjudicación hasta que se nombró efectivamente. La Administración General del Estado inadmite la reclamación de indemnización y, frente a esta decisión, se interpone recurso contencioso-administrativo. El TSJ de Madrid anula la resolución y ordena a la Administración que resuelva la petición de indemnización previa tramitación del procedimiento establecido. De conformidad con ello y de acuerdo al Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, se tramita la correspondiente reclamación de responsabilidad y, ante ella, el Consejo de Estado emite Dictamen desfavorable a la petición indemnizatoria.

El Consejo de Estado basa su parecer en los siguientes razonamientos:

— Entiende que la lesión en concreto no es imputable a la Administración del Estado. Mantiene que su actuación en este procedimiento bifásico no tiene una entidad suficiente para provocar la lesión. La participación de la Administración estatal en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional consiste, según el Real Decreto 1732/1994, en: aprobar el modelo de convocatoria (art. 12), con determinación de las bases comunes (art. 13), y establecer el baremo de méritos generales (art. 15). También la Dirección General de la Función Pública dispondrá la publicación conjunta, en extracto, de todas las convocatorias en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 19). Además, la resolución del concurso, comprensiva de los candidatos, según su orden de puntuación, se remite a la Dirección General de la Función Pública, que coordina las resoluciones coinci-

dentes en atención a las preferencias de los interesados y formaliza los nombramientos procedentes y los manda publicar (art. 22). Por ello, entiende el Consejo de Estado que:

«... la intervención de la Administración del Estado... se limita, aparte de la aprobación de un modelo de convocatoria y del establecimiento del baremo general, a realizar al final funciones de mera coordinación y publicidad, tras haber tomado su decisión los tribunales de valoración y las Corporaciones locales. Las resoluciones del Ministerio de Administraciones Públicas en estos casos, no son actos autónomos ya que tienen por objeto la mera formalización definitiva del nombramiento en atención al orden de prelación de puestos formulado por los concursantes y de adjudicaciones iniciales a su favor por las Corporaciones. *Y no tienen margen legal para separarse de dichas adjudicaciones.*

Así pues, las auténticas potestades de decisión para la resolución de los concursos de referencia residen en las instancias previas a la intervención del Ministerio de las Administraciones Públicas».

— El Consejo de Estado, por lo tanto, aplica un criterio de no solidaridad en la responsabilidad de las Administraciones Públicas que participan concurrentemente en los procesos de selección divididos en fases. Entiende que al Estado no le corresponde indemnizar, ni tan siquiera parcialmente, la lesión producida al recurrente, pese a participar con diferentes competencias en el procedimiento de selección.

6.2. Críticas

- a) *Se separa de la jurisprudencia mayoritaria y de la opción elegida por el legislador.*

Este Dictamen trae cuenta de cierta jurisprudencia minoritaria que buscaba un responsable único del daño con independencia de que en su producción hubiera intervenido más de una Administración. Esta jurisprudencia restrictiva había entendido que, antes de la entrada en vigor de las reformas de la Ley 30/1992, solamente existía responsabilidad solidaria en los casos de colegialidad pero no en los casos de intervención sucesiva, etc.

Por lo tanto, este Dictamen se apoya en una jurisprudencia minoritaria y se aparta de la orientación elegida por el legislador como modelo de la reforma, que ha establecido la responsabilidad solidaria para todos los procedimientos de actuación conjunta, dentro de los que cabe englobar a los procedimientos bifásicos.

b) *Una situación de injusticia material flagrante.*

Por otra parte, el Consejo no debería desconocer la injusticia material que puede provocar en la práctica esta doctrina y que lleva al ciudadano a abrir reiteradamente nuevos procesos judiciales.

Analicemos someramente el *iter* procedimental y procesal que debió soportar el dañado. En primer lugar tuvo que accionar para obtener una plaza de la que fue privado ilegalmente, tal y como ha reconocido una Sentencia judicial. Tras la Sentencia favorable a su pretensión solicitó en vía administrativa la responsabilidad, que se le negó. Se recurrió esta decisión en vía judicial y el órgano jurisdiccional entendió que, efectivamente, tenía derecho a una indemnización. El particular se dirigió frente a la Administración del Estado en vía administrativa para que se le satisficiera la indemnización, y es aquí cuando el Consejo de Estado emite el Dictamen contrario a que la Administración del Estado se haga cargo de la responsabilidad. Esto obliga al particular a proceder ahora en vía administrativa a solicitar la reclamación de la Diputación, que, caso de negarse también, obligaría al particular a interponer un tercer contencioso y, caso de que los órganos jurisdiccionales adoptaran también esta doctrina, cosa que hasta ahora no han hecho, incluso un cuarto.

c) *El razonamiento es más propio para contestar a la acción de regreso.*

La solidaridad no hace recaer sobre el Estado el peso de soportar la carga de indemnizar ni se pide esto por parte del dañado, sino que sobre éste recae tan sólo la carga de adelantar al particular la indemnización por el total de la responsabilidad y después reclamar de las otras Administraciones concurrentes su porción de responsabilidad. De manera que las argumentaciones del Consejo de Estado sobre la poca relevancia de la participación de la Administración del Estado en la causación del daño no deben ser realizadas de cara al ciudadano, que en virtud de solidaridad podrá dirigirse contra cualquiera de las Administraciones, con independencia de su mayor o menor parti-

cipación, sino de cara a las otras Administraciones para la distribución de las porciones de responsabilidad. Por ello entendemos que el razonamiento del Consejo de Estado sería intachable pero no para contestar la pretensión de indemnización del perjudicado, sino para oponerse a una acción de regreso frente al Estado en el supuesto de que la Administración local hubiera resarcido íntegramente la lesión. También podría valer la argumentación para fundamentar la petición de regreso frente a la Administración local si fuera el Estado el que hubiera resarcido.

d) *El Consejo de Estado y el reestudio del sistema de la responsabilidad en España.*

Este Dictamen, por otra parte, engarza con un nuevo enfoque del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, que trata de ponderar el interés general con relación al interés particular del dañado. Así se aprecia en la Ponencia especial de Estudios del Consejo de Estado titulada *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (60). En ella se expresa como hilo conductor del trabajo «recuperar algo de la importancia tan capital en un Estado social y democrático de Derecho como el ponderado y razonable equilibrio entre las garantías del ciudadano y la tutela del interés general». En esta línea también el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de mayo de 1997 (1620/1997):

«En la actual sociedad española existe una cierta tendencia a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los resultados lesivos que sufren los ciudadanos. Con pleno paralelismo a esa tendencia se advierte otra orientada a liberar a los ciudadanos de toda responsabilidad en cualquier tipo de situaciones, para lo cual se les exonera de toda diligencia o se consideran irrelevantes los riesgos por ellos asumidos. Frente a ello debe oponerse que ni las Administraciones Públicas son esas aseguradoras universales, ni los ciudadanos están exonerados de todas sus responsabilidades.»

La idea que late en estos dictámenes y en la Ponencia referida del Consejo de Estado es la de proceder a un reestudio a la baja de la co-

(60) Ponencia redactada por David BLANQUER CRIADO, INAP, Madrid, 1997.

bertura de la responsabilidad. La necesidad de buscar un nuevo «equilibrio entre las garantías del ciudadano y la tutela del interés general» debe entenderse como la necesidad de dar mayor peso al interés general y disminuir en una proporción directa la amplia protección individual existente (61).

Este posicionamiento del Consejo de Estado no se comparte ya que, en primer lugar, el sentido propio de la institución es garantista y, por tanto, esto hace que la balanza deba decantarse siempre del lado de la protección del ciudadano. Y, en segundo lugar, porque la institución de la responsabilidad en el Estado social de Derecho tiene una *vis* expansiva que no es oportuno limitar. La equitativa distribución de las cargas públicas lleva aparejada la necesidad de otorgar la máxima protección al ciudadano que resulte dañado por la Administración, y que el resultado lesivo, tanto en su vertiente material como procesal, entendida ésta como la carga de actuar procesalmente que el daño conlleva, se socialice y no quede en la esfera individual del dañado.

Además de ello, estas ideas reformistas de la legislación y de las instituciones deben tener su ubicación en este tipo de informes, como el mencionado, pero no en un dictamen para un asunto concreto. No parece adecuado que el Consejo de Estado en un asunto singular se separe de una jurisprudencia reiterada en esta materia y, además, se separe de ella una vez promulgadas las modificaciones de la Ley 30/1992 introducidas por la Ley 4/1999, que establece la solidaridad como regla general en todos los procedimientos bifásicos, como es éste.

e) *Otros medios más adecuados de distribución de la repercusión económica de las acciones de responsabilidad.*

Existen otros medios de lograr que el sistema de responsabilidad no repercuta económicamente sobre Administraciones que no han causado el daño. Entre ellos, la recientemente establecida obligación de ejercitar la acción de regreso contra el sujeto responsable en caso de responsabilidad de la Administración en la que concurra culpa grave o dolo de uno de sus servidores (62). Hubiera sido deseable el

(61) Resulta difícil, por otra parte, mantener que a día de hoy los órganos jurisdiccionales en España a la hora de establecer las indemnizaciones para resarcir los daños causados por la Administración no lleven a cabo esa ponderación.

(62) Vid. sobre el tema Javier BARCELONA LLOP, *La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, «REDA», núm. 105, enero-marzo 2000, págs. 37-58, y en concreto 39-40.

establecimiento de una obligación similar de ejercitar la acción de regreso para los casos de responsabilidad concurrente, en los cuales una Administración satisface enteramente una indemnización por responsabilidad, cuando tan sólo ha intervenido parcialmente en la producción del daño. En conexión con ello, también hubiera sido deseable que el Reglamento del procedimiento en materia de responsabilidad hubiera establecido las determinaciones de la acción de regreso frente a las otras Administraciones corresponsables en vía administrativa, de igual forma que se establece en el artículo 18 frente al agente causante del daño (63).

7. CONCLUSIONES

La regulación de la responsabilidad concurrente de dos Administraciones Públicas derivada de su participación en un procedimiento bifásico no plantea dudas hoy en día, ya que la elección del legislador es clara por la solidaridad. El dañado podrá, por tanto, proceder contra cualquiera de las Administraciones que hayan participado en el procedimiento.

Esta era ya la situación antes de la entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, ya que la jurisprudencia había entendido que el artículo 140 de la Ley 30/1992, que establecía la responsabilidad solidaria para la responsabilidad concurrente a través de fórmulas colegiadas, debía extenderse también a los procedimientos bifásicos.

La situación en los diferentes países de nuestro entorno jurídico, y significativamente en Italia, Alemania y Francia, se soluciona, desde el punto de vista procesal, permitiendo el litis consorcio pasivo, con lo que para el ciudadano no es necesario proceder a la delimitación de las diferentes responsabilidades, sino que esto se dilucida en el seno del proceso. En los casos en que este litis consorcio no es posible, como es el caso francés, la monolítica jurisprudencia permite, con seguridad, al ciudadano saber ante quién tiene que plantear la

(63) «Artículo 18.1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad, la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento será la fijada en los Estatutos o Reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración pública con mayor participación en la financiación del servicio. 2. Los procedimientos para exigir la responsabilidad en estos supuestos de concurrencia serán los establecidos en los capítulos II y III del presente Reglamento, si bien en ellos preceptivamente deberá consultarse a las Administraciones públicas implicadas en la fórmula colegiada para que, en el plazo que la Administración pública competente a que se refiere el apartado anterior determine, aquéllas puedan exponer cuanto consideren procedente...»

acción de responsabilidad, y en última instancia, en el caso de que la duda permanezca, se admite la solidaridad.

El Dictamen analizado y su posicionamiento contrario a la solidaridad en los procedimientos bifásicos es criticable por diversos motivos, pero fundamentalmente por alejarse de la jurisprudencia mayoritariamente garantista en este tema y por desconocer la opción elegida por el legislador, que ha extendido la solidaridad a todos los supuestos de causación conjunta de un daño.

Por último, y como argumento *lege ferenda*, la opción de la solidaridad es una solución adecuada desde el punto de vista garantista, pero desde un enfoque global del Ordenamiento general no es la mejor solución. Es de nuevo éste el momento de abogar por la superación definitiva del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que la Ley del 98 no ha conseguido arrumbar, ya que la posibilidad de establecer el litis consorcio evitaría problemas a los que puede dar lugar la solidaridad. Se ganaría en eficiencia ya que en el proceso quedarían establecidas las diversas cuotas de responsabilidad y se evitarían las disputas posteriores entre las diversas Administraciones. Y, por otra parte, se evitarían los problemas de que una de las Administraciones se vea reclamada y acepte una responsabilidad por una cuantía superior a la que les corresponde a todas en conjunto, con los consiguientes problemas de reparto y de utilización ineficiente de los recursos públicos.