

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR DAÑOS CAUSADOS POR EL SUJETO AUTORIZADO

Por

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. IMPUTACIÓN DE DAÑOS A LA ADMINISTRACIÓN: 2.1. *Delimitación del servicio público a efectos de responsabilidad administrativa.* 2.2. *Responsabilidad por daños causados fuera de la organización administrativa:* a) Gestores de servicios públicos. b) Prestaciones realizadas por terceros y recibidas por la Administración. 2.3. *Daños causados por el sujeto autorizado:* a) Fundamento de la responsabilidad administrativa. b) Casuístico reconocimiento jurisprudencial.—3. ANTIJURIDICIDAD: 3.1. *El sujeto autorizado.* 3.2. *La Administración:* a) Correcciones al sistema de responsabilidad objetiva o, directamente, recuperación de la idea de culpa. b) Mal funcionamiento de la Administración en el ejercicio de sus competencias en relación con el sujeto autorizado. 3.3. *Responsabilidad por riesgo.*—4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD: 4.1. *Causalidad, imputación objetiva y omisión.* 4.2. *Su aplicación al sujeto autorizado y a la Administración.* 4.3. *Su reflejo en la jurisprudencia.*—5. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES.—6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO: HACIA UN RÉGIMEN GARANTE, REALISTA Y PRACTICABLE.

1. PLANTEAMIENTO

El sujeto autorizado en el desarrollo de su actividad puede ocasionar daños a terceros. La cuestión es: ¿quién responde de dichos daños?, ¿el titular de la autorización o la Administración?

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que el particular no lleva a cabo una actividad administrativa, sino privada. Por otra parte, en principio, la autorización sólo genera un vínculo jurídico-público entre la Administración y su titular, no respecto de terceros (1). De ahí que las relaciones entre éstos y el sujeto autorizado discurren por los cauces del Derecho privado (2). Desde estos presupuestos, en una primera lectura, no parece fácil admitir la responsabilidad pú-

(1) F. FLEINER, *Institutionen des Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., Tübingen, 1928, págs. 411-412; G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1950, pág. 27.

(2) Con todo, el propio FLEINER reconoce que hay supuestos —como ocurría con la *Reichsgewerbeordnung*— en los que el tercero perjudicado, aunque no puede instar la suspensión del funcionamiento de la industria, puede reclamar que se introduzcan en ella modificaciones que eliminen sus efectos perjudiciales y, en su caso, una indemnización por los perjuicios causados. F. FLEINER, *Institutionen...*, cit., págs. 411-412.

blica por los daños que el titular de la autorización ocasione a terceros.

Sin embargo, no debe olvidarse que la actividad, aunque privada, se somete a autorización, cuya justificación se encuentra en la necesidad de que la Administración controle su ejercicio, por entrañar un potencial dañoso para la colectividad. Desde esta perspectiva, tampoco cabe excluir por completo la responsabilidad administrativa cuando los perjuicios resulten del deficiente ejercicio de sus competencias, al otorgar la autorización, o al inspeccionar y controlar el desarrollo de la actividad autorizada (*culpa in vigilando*).

Como vamos a tratar de demostrar, la responsabilidad administrativa por daños causados por el sujeto autorizado es una exigencia de nuestro sistema, aunque su afirmación esté todavía plagada de dificultades. No en vano se ha dicho que la responsabilidad por omisión e inactividad constituye una enorme zona gris, plena de incertidumbres, «un tema testigo que todavía está en mantillas entre nosotros...» (3). En realidad, esto no viene sino a expresar el clima general de inseguridad que envuelve a la responsabilidad administrativa (4), cuya extraordinaria amplitud siembra la duda sobre la conveniencia del mantenimiento de aspectos básicos de su régimen jurídico (5). No debe extrañar, pues, la sensación de vacío al intentar llevarla a la ingente cantidad de actividades sujetas a autorización (6).

En resumen, el amplísimo sistema vigente en nuestro país se quedaría corto si no se extendiera a los daños causados por el sujeto autorizado, pero sería manifiestamente desproporcionado si la Administración tuviera que responder objetivamente en estos casos. Se

(3) L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España: estudio de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, «DA», núms. 237-238, 1998, pág. 59.

(4) Se tiene una «vaga e imprecisa sensación de insatisfacción derivada del casuismo, de los bandazos jurisprudenciales, de las argumentaciones contradictorias, de algunos supuestos especialmente significativos, de ciertos excesos también, de los cambios en el papel de la Administración y de la inseguridad que todo ello produce...». L. MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, núm. 150 de esta REVISTA, 1999, pág. 327.

(5) F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 10.ª edic., Tecnos, Madrid, 1992, págs. 243 y ss.; F. PANTALEÓN PRIETO, *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, «DA», núms. 237-238, 1994, págs. 239 y ss.

(6) A principios de los setenta, GARCÍA DE ENTERRÍA se quejaba de la falta de conciencia que existía en nuestro país acerca de la responsabilidad de la Administración (vid. Prólogo a J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1970, 2.ª edic., 1983, pág. 15). Sin embargo, la sociedad española ha evolucionado rápidamente en las últimas décadas. En la actualidad, se ha pasado a la situación contraria, de hipersensibilidad en materia de responsabilidad (L. MARTÍN REBOLLO, *Ayer...*, cit., pág. 319).

pone con ello de manifiesto la conveniencia de proceder al ajuste de nuestro régimen de responsabilidad administrativa.

2. IMPUTACIÓN DE DAÑOS A LA ADMINISTRACIÓN

La Administración es responsable de los daños que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC). La presencia de un servicio público parece, pues, condición ineludible para la afirmación de la responsabilidad administrativa. En este sentido, hay que responder sucesivamente a las tres siguientes cuestiones: ¿qué es un servicio público?, ¿comprende también los daños ocasionados fuera de la organización administrativa?, ¿cuál sería el fundamento de la responsabilidad administrativa por los daños causados por el sujeto autorizado?

2.1. *Delimitación del servicio público a efectos de responsabilidad administrativa*

El concepto de servicio público es uno de los más imprecisos. En sentido estricto, define una modalidad de intervención administrativa, que consiste en la reserva a los Poderes públicos de la titularidad de actividades esenciales, con objeto de organizar su prestación a los ciudadanos en un régimen de Derecho Administrativo (art. 128.2 CE). No es ésta, sin embargo, la delimitación que puede aceptarse a efectos de responsabilidad: no tendría justificación que la Administración sólo respondiera en las actividades públicas prestacionales y no en las restantes modalidades de intervención. El artículo 106.2 CE ha querido sancionar un régimen general de responsabilidad de la Administración.

En esta línea, se ha adoptado una perspectiva subjetivo-orgánica, destacando que —a efectos de responsabilidad— es suficiente que el daño se produzca en el seno de una organización administrativa y que la actividad productora del perjuicio esté sujeta al Derecho Administrativo (7). Con todo, esta delimitación puede quedarse estrecha en algunos casos, ya que hay daños en cuya producción no interviene directamente un órgano de la Administración, que desencadenan una responsabilidad jurídico-pública. De ahí que, en estos supuestos, la perspectiva subjetivo-orgánica exija forzar la incorpo-

(7) J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad...*, 2.ª edic., cit., págs. 324 y ss.

ración a la organización administrativa de actuaciones realizadas por particulares, aunque fomentadas, tuteladas o amparadas por la Administración.

Así se pone de manifiesto en la STS de 17.11.1998 (Ar. 9149), en la que el Tribunal se enfrenta con la responsabilidad por los daños corporales sufridos por un menor por explosión de artefactos pirotécnicos sobrantes de un castillo de fuegos artificiales disparado en las fiestas populares organizadas por el Ayuntamiento. El daño no se produjo como consecuencia de la actuación de la Administración municipal, sino de los festeros y de la empresa de pirotecnia contratada por ellos. Sin embargo, el TS declaró que «se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos, a efectos de la determinación de si existe responsabilidad patrimonial de la Administración titular por los daños causados por su celebración, el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por éstos, aun cuando la gestión de las mismas se haya realizado por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal...». En este sentido, en la medida en que el Ayuntamiento, respondiendo a una arraigada tradición, incluye el disparo del castillo en su programa de festejos «como actividad popular que fomenta y patrocina, no cabe duda de que concurren las características propias de las actividades que tantas veces hemos considerado como incurasas en el ámbito del servicio público a efectos de responsabilidad patrimonial, aun cuando la actividad de organización directa corresponda a los llamados festeros y se encargue a una empresa privada, pues no cabe duda de que aquéllos y ésta aparecen a los efectos del desarrollo de estas actuaciones que el Ayuntamiento incluye en su programa de actividades, fomenta y patrocina, como incardinados en la organización municipal».

Como vemos, se trata éste de un innecesario ensanchamiento de los conceptos, que desvirtúa la realidad de las cosas. La responsabilidad no requiere la incorporación del agente a la esfera administrativa, sino sólo que el funcionamiento de los servicios públicos —directa o indirectamente— haya sido determinante de la causación de los perjuicios. En otros términos, ha de adoptarse una delimitación del servicio público de carácter funcional, equivalente a toda actuación administrativa (8). Esta es la línea que sigue la jurisprudencia, que

(8) R. PARADA, *Derecho Administrativo*, vol. I, 11.^a edic., Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 672 y ss. BELADIEZ maneja incluso un concepto más amplio de servicio público, que comprende no sólo toda actividad de titularidad pública, realizada por sujetos de Derecho público o de Derecho privado —incluidas empresas públicas y contratistas de la Administración—, sino también las actividades privadas que objetivamente puedan ser considera-

extiende la noción de servicio público a cualquier actuación, gestión o tareas propias de la función administrativa (9), incluida la potestad normativa (10).

2.2. *Responsabilidad por daños causados fuera de la organización administrativa*

Con carácter general, la responsabilidad se vincula a la actuación directa de órganos administrativos. Sin embargo, en algunos casos, la propia normativa también contempla su extensión a los daños ocasionados por personas no integradas en la estructura administrativa, como ocurre con los gestores de servicios públicos y, en general, contratistas de la Administración.

a) *Gestores de servicios públicos.*

Tradicionalmente, los perjuicios que el contratista ocasionaba a terceros se sustanciaban por las reglas del Código civil. El artículo 121.2 LEF, sin embargo, afirmó la responsabilidad pública en los casos en que el daño tuviera su origen en alguna cláusula obligatoriamente impuesta al concesionario por la Administración (11). Esta regla pasó después a la legislación de contratación pública (arts. 72.3 LCE y 218.3 RCE). En la actualidad, el artículo 98 LCAP impone al contratista la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que ocasione a terceros por razón de la ejecución del contrato, salvo que sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o que resulten de vicios en el proyecto elaborado por ésta

das como de servicio público (M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 32 y ss.). Con todo, no debe perderse de vista que la responsabilidad pública sólo puede derivarse de la actuación —directa o indirecta, por acción u omisión— de la propia Administración, no de personas privadas (salvo en los supuestos excepcionales en que éstas ejerciten potestades públicas delegadas).

(9) STS de 25.5.1995 (Ar. 4031); STS de 5.6.1989 (Ar. 4338); STS de 28.1.1993 (Ar. 422).

(10) En la STS de 13.9.1991 (Ar. 6597), Sala de lo Contencioso-Administrativo (S. C-A), la responsabilidad administrativa por las lesiones ocasionadas en un incendio, producido en una caseta particular instalada en una feria (tercero ajeno a la Administración), resultó no de un deficiente funcionamiento de sus potestades públicas de inspección y extinción de incendios, sino de la aprobación de la ordenanza municipal por la que se regía la feria, que, cediendo a la tradición, permitía el uso de materiales de rápida y completa combustión.

(11) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEP, Madrid, 1956 (edición facsimilar por Civitas, Madrid, 1984), págs. 201 y ss.

(en el contrato de obras o en el de suministro, en su modalidad de fabricación) (12).

A este respecto, desde el principio, la doctrina adoptó una postura restrictiva, entendiendo que la responsabilidad administrativa sólo se extendía al supuesto expresamente contemplado en la ley, pero no a los demás, al considerar que la posición del contratista seguía siendo la propia de una persona privada (13). La polémica doctrinal, sin embargo, brotó en relación con el contrato de gestión de servicios públicos. Un grupo de autores —poniendo el acento en el carácter público de la actividad— entendió que la Administración, en todo caso, era responsable de los daños originados por el funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de reconocer el derecho de repetición cuando el resultado dañoso se debiera exclusivamente al concesionario (14). Frente a ellos, la mayor parte de la doctrina interpreta restrictivamente el alcance de la responsabilidad pública. Su exclusión en el caso de actuación de concesionarios, contratistas (y profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas) —afirma T. R. FERNÁNDEZ— radica en que no se integran en la organización administrativa y, por tanto, no imputan su actuación dañosa a la Administración (15). La responsabilidad de la Administración por la actuación del concesionario —añade MUÑOZ MACHADO— sólo es subsidiaria, por *culpa in eligendo*, en caso de insolvencia de aquél (16). En consecuencia —salvo en los supuestos

(12) No está claro si este precepto ha supuesto la derogación de los preceptos de la LEF que regulan la responsabilidad del concesionario. Entre los que sostienen su vigencia, BELADIEZ entiende que no existe ni identidad ni contradicción entre ambas regulaciones (*Responsabilidad...*, cit., págs. 88 y ss.).

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., págs. 201 y ss.; R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros*, «REDA», núm. 18, 1978, págs. 402 y ss.

(14) F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público*, «RDAF», núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss. (vid. también la STS de 9.5.1989 —Ar. 4487—, de la que este autor es ponente); G. ARIÑO ORTIZ, *El servicio público como alternativa*, «REDA», núm. 23, 1979, pág. 552; I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos*, «AA», núm. 17, 1990, págs. 197 y ss. Vid. el tema en M. REBOLLO PUIG, *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro. Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989*, «PJ», núm. 20, 1990, pág. 26.

(15) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, 6.ª edic., 1999, pág. 387.

(16) Las razones que aporta este autor —reaccionando frente a la STS de 9.5.1989— son las siguientes: primera, no es ésta la solución normativa (arts. 121.2 LEF, 72.3 LCE, 134 y 218.2 RCE); segunda, ni la titularidad del servicio ni el ejercicio por parte del concesionario de algunas funciones delegadas de la Administración permiten considerar que toda su actividad tenga este carácter, ni que sea un órgano de aquélla; tercera, la imputación de responsabilidad a la Administración fundada en su actuación negligente es contraria al tenor literal de las normas, que sancionan la responsabilidad del contratista; cuarta, la Administración conserva la titularidad del servicio y un deber general de supervisión del

excepcionales previstos en la normativa—, el concesionario responde de los daños que en la gestión del servicio origine a terceros (17). En opinión de BELADIEZ —además de en el supuesto previsto en el art. 98.2 LCAP—, la Administración respondería por los daños causados por el contratista en otros dos casos (18). En primer lugar, cuando resulten de la *actividad jurídica* (no material) del concesionario, en ejercicio de potestades públicas delegadas, como las de policía (art. 203 RCE) o la vía de apremio (art. 130 RCE). En segundo lugar, cuando sean objetivamente imputables a la Administración por alguna de las siguientes causas: que sean inherentes a la existencia misma del servicio (no a su prestación); que resulten del incumplimiento de alguno de sus deberes, en particular los de policía e inspección (*culpa in vigilando*), con influencia en el resultado lesivo; que —ante la insolvencia del contratista— entre en juego la responsabilidad pública subsidiaria.

b) *Prestaciones realizadas por terceros y recibidas por la Administración.*

El contratista asume una amplia responsabilidad por los daños que resulten de la ejecución del contrato (art. 98.1 LCAP), incluidos los vicios ocultos (arts. 149 y 192 LCAP). Sin embargo, la Administración —además de en los supuestos previstos en el art. 98.2 LCAP— aparece también como responsable por los daños y perjuicios que puedan causarse a terceros, si las prestaciones son recibidas y puestas al servicio de los ciudadanos de manera negligente.

Expresiva resulta en este sentido la STS de 1.10.1994 (Ar. 7439), que —por aplicación de los arts. 1902 y 1903 Cc— sanciona la responsabilidad administrativa por los daños causados a terceros por el desprendimiento de la campana de una iglesia, que había sido deficientemente restaurada por un arquitecto contratado por el Ministerio de Cultura. La responsabilidad de la Administración resulta —dice la Sala de lo Civil del Tribunal— de la falta de adopción de las

cumplimiento del contrato, pero no un deber específico de seguimiento de la total actividad del contratista; quinta —a diferencia de lo que ocurre con el funcionario—, la legislación no prevé la responsabilidad solidaria de Administración y contratista; sexta, el reconocimiento de una acción de repetición frente al concesionario no es una solución —ni técnica ni operativamente— satisfactoria. S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 119 y ss.

(17) Además de los autores citados, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., págs. 201 y ss.; R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad...*, cit., págs. 397 y ss.; J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad...*, cit., pág. 325; M. REBOLLO PUIG, *Servicios...*, cit., págs. 25-26 y nota 1.

(18) M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, cit., págs. 171 y ss.

medidas necesarias para la subsanación de la defectuosa actividad profesional, pues «las obras se recepcionaron con total despreocupación, lo que determina concurrencia, tanto de culpa *in vigilando*, como directa, dándose situación de culpas convergentes de las personas y entidades relacionadas con la producción del siniestro... El Ministerio de Cultura, como promotor de las obras de referencia, no puede permanecer ajeno a los resultados negativos que su defectuosa o imperita realización pueden ocasionar a las cosas y a las personas y así se presenta que su actuación no fue lo suficiente previsor, eficaz y de control necesario para evitar las consecuencias tan desafortunadas y trágicas que acontecieron».

2.3. *Daños causados por el sujeto autorizado*

Llevadas las cosas al terreno de la autorización, la escasa normativa existente, a primera vista, es restrictiva a la hora de admitir la responsabilidad pública por daños causados por el sujeto autorizado. En este sentido, el artículo 12.2 RSCL dispone que las autorizaciones «No podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades». A ello se une el que la legislación sectorial —al regular las actividades sujetas a autorización, incluso respecto de las más intervenidas—, cuando se pronuncia, es para negar abiertamente la responsabilidad de los Poderes públicos (19). Así las cosas, ¿está libre la Administración de toda responsabilidad en estos casos?

a) *Fundamento de la responsabilidad administrativa.*

La doctrina que hasta el momento se ha pronunciado sobre el tema reconoce la responsabilidad de la Administración. En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO, aun aceptando el carácter restrictivo de la imputación de daños por actuaciones de personas no integradas en la organización administrativa, advierte que una completa exoneración de responsabilidad pública no responde al régimen que diseña nuestro ordenamiento (20). Así, «hoy resultaría simplista decir que

(19) Así, el artículo 11.3, *in fine*, de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, dispone que «el otorgamiento de la autorización en ningún caso podrá ser título que cause la responsabilidad del Estado».

(20) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Régimen general de las licencias», en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 1988, pág. 1203.

el Estado responde de lo que le es propio y no de lo demás, y que le es *propio* lo que está publicado y, por tanto, si gestionado por los particulares, mediante la técnica concesional y *ajeno* lo que no requiere más que una autorización removedora del obstáculo que hasta entonces lastraba el ejercicio de una actividad propia del particular» (21).

La afirmación de responsabilidad administrativa en estos casos —dice REBOLLO PUIG— exigiría el «incumplimiento de un deber de evitar que ese concreto agente causara daños o actuara de forma que pudiera causarlos, más una falta de diligencia para prevenirlos y evitarlos» (22). La Administración —dice este autor— ha de disponer de poderes que le permitan *dirigir* la faceta de la actividad ajena causante del daño. Esto ocurrirá normalmente respecto de los concesionarios de servicios públicos, pero también incluso —aunque de manera excepcional— en relaciones de sujeción especial, propias de la actividad de policía, siempre que la Administración tenga la capacidad para desplegar una dirección positiva de la conducta del agente y eliminar su genérica libertad (23).

Con un criterio más amplio, GÓMEZ PUENTE afirma que —salvo que quiera incurrirse en inconstitucionalidad— «no es posible negar que la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía y que si, por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función, se ocasiona un daño, el deber de reparar también le alcanzará, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables» (24).

Desde nuestro punto de vista, en relación con este tema, pueden sentarse las tres siguientes premisas.

En primer lugar, el fundamento de la responsabilidad de la Administración se encuentra en el específico deber de control, vigilancia e inspección que la normativa encomienda a los Poderes públicos respecto de las actividades sujetas a autorización. A estos efectos, basta con repasar las funciones que la legislación sectorial atribuye a la Administración y reparar en la intervención formal que representa la

(21) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Responsabilidad administrativa por culpa «in vigilando» o «in ommittendo»*, «PJ», núm. 2, 1986, pág. 122 (vid. este artículo también publicado en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, 1988).

(22) M. REBOLLO PUIG, *Servicios...*, cit., pág. 50. También RIVERO ORTEGA pone el acento en la evitabilidad del resultado como criterio para la afirmación de la responsabilidad administrativa. Vid. *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 228.

(23) M. REBOLLO PUIG, *Servicios...*, cit., págs. 50-51 y nota 64.

(24) M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 814, y *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, «DA», núms. 237-238, 1994, págs. 186 y ss. Vid. también G. GARCÍA ALVAREZ, «La responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas», en J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 2.ª edic., Civitas, Madrid, 1996, págs. 983-985.

autorización. No se trata de las genéricas potestades de policía que se ejercen sobre los ciudadanos, sino de deberes concretos y específicos, que inciden sobre actividades que encierran un potencial daño para la colectividad. La responsabilidad de la Administración surge precisamente, como después veremos, del deficiente ejercicio de sus potestades.

En segundo lugar, la afirmación de la responsabilidad de los Poderes públicos no puede oscurecer la naturaleza enteramente privada de las actividades sujetas a autorización. De ahí que la aceptación de responsabilidad administrativa no deba hacerse depender de la capacidad de dirección de la actividad, sino —como acabamos de ver— de la obligación que pesa sobre la Administración, por un lado, de autorizar solamente aquellas que reúnan las garantías necesarias y, por otro, de vigilar su desarrollo, de manera que no se desvíen de lo permitido.

En tercer lugar, las normas no pueden negar una responsabilidad cuyo fundamento se encuentra en el artículo 106.2 CE. Un rechazo incondicionado de toda responsabilidad administrativa en estos casos —además de no ser conforme con el régimen legal vigente (art. 139.1 LRJPAC)— podría determinar la inconstitucionalidad de la norma que la contuviera (25). El artículo 12.2 RSCL ha de entenderse como afirmación de la responsabilidad del particular, lo que no significa exclusión de la de la Administración. En la mayor parte de los casos, se producirá una concurrencia de responsabilidades (26).

b) *Casuístico reconocimiento jurisprudencial.*

La responsabilidad administrativa por los daños causados por el sujeto autorizado es reconocida en un goteo constante de sentencias. El presupuesto es siempre el funcionamiento anormal de los servicios públicos, reflejo de una actuación negligente de la Administración. No obstante, el razonamiento —sobre todo, preocupado por la

(25) J. E. SORIANO, «Fondos de pensiones. *Iter* autorizatorio y responsabilidad del Estado: comparación con el sistema bancario», en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio VERDERA Y TUELLS*, vol. III, La Ley, Madrid, 1994, pág. 2590; M. MAGIDE HERRERO, «El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos», en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 392.

(26) Vid. *infra*.

equidad del caso concreto— no siempre acierta a poner de manifiesto el fundamento de dicha responsabilidad.

En primer término, puede traerse a colación la STS de 12.2.1980 (Ar. 707), Sala de lo Contencioso-Administrativo (S. C-A), en la que el Tribunal reconoce la responsabilidad administrativa por los daños que la junta de compensación causa al propietario de una vivienda, con ocasión de la realización de obras de explanación de una calle sin que se adoptaran las medidas técnicas apropiadas, que hubieran evitado el resultado. La actividad que desencadenó los daños a terceros, realizada por «particulares», había sido aprobada por la Administración, contaba con las preceptivas licencias urbanísticas y, al parecer, medió también alguna orden administrativa de demolición, que contribuyó a la producción de los perjuicios. Pues bien, en el razonamiento de la sentencia de instancia —aceptado por el TS— se expresa que «si el Ayuntamiento... incurrió en el cumplimiento de un servicio público, como es el de la inspección y policía urbanística, en omisiones que fueron causa directa y eficiente de los daños cuyo resarcimiento se demanda, no es legalmente posible, dejar de estimar la responsabilidad patrimonial del mismo con referencia a ellos, por no haberse producido exclusivamente éstos por causa de fuerza mayor».

En la STS de 28.6.1983 (Ar. 3664), S. C-A, el Tribunal sanciona también la responsabilidad de la Administración. El titular de una licencia de edificación, por su cuenta, modificó el colector municipal de desagüe, provocando su obstrucción y, con ello, la inundación posterior, causa de los daños a terceros. El Ayuntamiento alegó fuerza mayor exonerante, consistente en la alteración ilegal que había realizado el titular de la autorización en dicho colector. Frente a ello, el TS subrayó que faltaba la irresistibilidad propia de la fuerza mayor. El Ayuntamiento —como responsable del servicio— venía obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar su funcionamiento normal y eficaz, así como para impedir que el particular realizara obras no autorizadas. El otorgamiento de la licencia no exonera al Ayuntamiento de su deber legal de inspección y policía urbanística general. Además, se aprecia una «actuación municipal negligente», ya que —aunque los servicios administrativos tuvieron conocimiento de la obstrucción del colector— sólo meses después solicitaron al particular los planos de las instalaciones de desagüe, lo que fue seguido de la sanción administrativa por no ajustarse en su construcción a las condiciones de la licencia. El resultado dañoso hubiera podido evitarse si la Administración hubiese inspeccionado las obras en el momento de su conclusión, y hubiera llevado a cabo de manera adecuada sus funciones relativas a la gestión y conservación del servicio público de aguas residuales.

En la STS de 23.5.1984 (Ar. 4600), S. C-A, se admite la responsabilidad administrativa por los daños que un particular —cuanto menos— contribuye a causar a terceros. En concreto, se discutía la indemnización a una familia por la intoxicación sufrida como consecuencia de la rotura de la conducción de gas en el subsuelo, al parecer, provocada por el deficiente estado de las conducciones de agua. El Ayuntamiento trató de excusar su responsabilidad, razonando que la rotura no fue debida al servicio público de conservación de la red general de agua y vertido, sino al mal estado de las acometidas particulares del inmueble colindante, cuyas fugas provocaron la rotura de la tubería de gas. Frente a ello, el Tribunal destacó la responsabilidad *in vigilando* de los servicios municipales (de obras, de licencias y de inspección), que permitieron que un edificio de nueva planta —como constaba en los propios informes municipales— utilizara las conducciones de vertido correspondientes a las antiguas viviendas asentadas en dicho solar, en vez de instalar, como debía, unas nuevas. No obstante —desde los presupuestos de la responsabilidad objetiva—, el TS se ve después obligado a advertir que la expresión *culpa in vigilando* se emplea en sentido metafórico, alusivo a la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido.

La responsabilidad administrativa por deficiente ejercicio de las facultades de vigilancia y control ha sido también ampliamente reconocida en el caso de que los daños sean producidos por otra entidad pública. En la STS de 25.5.1988 (Ar. 3962), S. C-A, el Tribunal condenó a tres Administraciones (Consejo General Interinsular de Baleares —después CA de las Islas Baleares—, Consejo Insular de Menorca y Ayuntamiento de Mahón) a indemnizar a la sociedad propietaria de unos terrenos colindantes a un vertedero ilegal, puesto en marcha con infracción de la normativa vigente. Los daños habían sido ocasionados por el Consejo Insular, que instaló el vertedero de basuras sin la preceptiva licencia, pero también por el deficiente ejercicio de sus competencias por parte de las otras dos Administraciones públicas. De acuerdo con la normativa vigente, correspondía al Municipio el otorgamiento de la licencia de actividad insalubre y nociva y —en su defecto— la clausura inmediata del vertedero, pudiendo obligar al responsable a eliminar lo depositado, o bien proceder a su ejecución subsidiaria. Frente a ello, el Ayuntamiento solicitó permiso al Consejo Insular para poder también utilizar dicho vertedero. Finalmente, se censura también la actitud del Consejo General Interinsular (CA), por no haber exigido al Ayuntamiento el cumplimiento de la normativa, pese a contar con informes desfavorables de sus propios servicios de inspección. En consecuencia —dicen los considerandos

de la sentencia apelada, aceptados por el TS—, «es patente la existencia de un funcionamiento anormal del servicio con resultado de daños para los administrados...».

En sentencias más recientes, el TS sigue reconociendo la responsabilidad de la Administración por los daños causados a terceros por el sujeto autorizado. El supuesto de hecho que toma como base la STS de 1.4.1995 (Ar. 3226), S. C-A, es el otorgamiento por parte del Ayuntamiento de una licencia a una Hermandad para la realización de exhibiciones pirotécnicas durante los festejos de la localidad, acompañada de una subvención. En la autorización administrativa se incluía una cláusula que expresaba que serían responsabilidad de la Hermandad organizadora «los incendios que se pudieran ocasionar». En el curso de la celebración, la explosión de un petardo procedente de una traca produjo daños a un particular. A partir de estos datos, el Tribunal razonó que «los fuegos de artificio se llevaron a cabo con la preceptiva licencia municipal y la ignición de la traca productora de las lesiones al menor la realizaron dos miembros de la Hermandad organizadora de los festejos, por lo que esta exhibición pirotécnica no puede ser calificada de clandestina, en contra del parecer de la Administración recurrente, y por consiguiente, aunque se hubiese concedido la licencia con la antes aludida cláusula de exoneración, los Servicios de Policía Municipal, según se afirma en la sentencia recurrida, debieron velar para que se adoptasen las medidas de seguridad idóneas con el fin de evitar los riesgos derivados de esta clase de actividades, como exige el artículo 1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 junio 1955, al tener atribuida el Municipio la competencia en materia de seguridad en lugares públicos según el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local...». En resumen, el Tribunal reconoció la existencia de una relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el resultado lesivo y, en consecuencia, afirmó la responsabilidad del Ayuntamiento (27).

La STS de 30.4.1996 (Ar. 3644), S. C-A, sanciona la responsabilidad de la Administración otorgante de la autorización por *culpa in vigilando*. Se trataba del otorgamiento de una licencia municipal de obras en favor del Cabildo insular. La empresa contratada realizó las obras indebidamente, ocasionando daños a terceros. El TS reconoció

(27) Entre otras, se ha destacado también la contradicción de esta sentencia, que —después de afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa— fundamenta el deber de indemnizar en el deficiente ejercicio por parte de la Administración de sus funciones. R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad e inactividad de la Administración», en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ (coords.), *La responsabilidad...*, cit., pág. 362.

la existencia de un nexo causal entre la actividad del Ayuntamiento y el perjuicio. Después de rechazar la aplicabilidad del artículo 121.2 LEF —que se refiere a la Administración promotora o actora de las obras, pero no a la encargada de su fiscalización—, el Tribunal vinculó los daños y perjuicios «a la actividad de fiscalización del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley en la realización de la obra en materia de actividades nocivas. Esta era la competencia que específicamente incumbía al Ayuntamiento». «La actividad de demolición y, consiguientemente, los defectos en su realización —sigue diciendo el Tribunal—, obedecen a la actuación del contratista. Sin embargo, en el caso examinado, las circunstancias concurrentes... colocan en un primerísimo plano causal la actividad del Ayuntamiento. Fue éste el que otorgó la licencia, amparando con ello la actividad realizada, sin exigir que la demolición se ajustase a pautas para la reducción de los efectos nocivos para terceros de la actividad de derribo. Con ello determinó que éste se hiciese en una forma menos gravosa o costosa para el contratista y más molesta y perjudicial para otros ciudadanos. El otorgamiento de la licencia en la forma correcta, esto es, contemplando los requisitos del proyecto de demolición, y la consecuente actuación posterior a raíz de las denuncias recibidas, hubieran evitado los efectos perjudiciales. Por todo ello, éstos son imputables al indebido ejercicio por la Administración de su actividad de control».

3. ANTIJURIDICIDAD

La normativa ha configurado un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo, en el que lo decisivo no es la antijuridicidad del comportamiento, sino del resultado. La Administración ha de responder siempre que —imputándose el daño al funcionamiento de un servicio público— el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo. En los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos, este régimen resulta problemático, ya que —como regla— los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar el daño. La cuestión se complica aún más en relación con los daños causados por el sujeto autorizado, en los que no sólo intervienen dos personas distintas, sino que lo hacen con muy diferente alcance y fundamento.

3.1. *El sujeto autorizado*

Como regla, la Administración sólo puede hacerse cargo de los daños de los que sea subjetivamente responsable el sujeto autorizado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que los vínculos que éste establece con terceros son de naturaleza enteramente privada, por lo que resultan aplicables los criterios que definen la responsabilidad *interprivatos* (arts. 1902 y ss. Cc) (28). Salvo en situaciones de creación de riesgo, el titular de la autorización sólo responderá de los perjuicios que cause con su conducta negligente. De ahí que la culpa *in operando* del titular de la autorización sea condición necesaria (29) —aunque, como veremos, no suficiente— para el reconocimiento de la responsabilidad administrativa.

Como excepción, podría reconocerse la responsabilidad exclusiva de la Administración —sin culpa del sujeto autorizado— cuando el otorgamiento de la autorización hubiera trasladado a su titular una falsa apariencia de legalidad y de corrección (técnica) de su actuación, que éste no hubiera podido desmontar aplicando la diligencia exigible al caso.

3.2. *La Administración*

El régimen vigente tiene su cobertura en el artículo 106.2 CE, que prevé la responsabilidad administrativa por el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo, su afirmación refleja la concreta opción legislativa que lleva a cabo el artículo 139.1 LRJPAC,

(28) Esta cuestión se plantea desde hace tiempo en relación con la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración. La distinción de dos tipos de responsabilidad —objetiva y por culpa, en función de que la actividad desarrollada por el concesionario sea pública o privada— ha sido admitida por el Consejo de Estado en dos dictámenes de 13 de julio de 1967 y de 11 de julio de 1968. Esta solución, no obstante, ha sido criticada por algunos autores, que han entendido que la responsabilidad debía ser en todo caso de carácter objetivo (J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pág. 145). En relación con la responsabilidad propia del contratista, BOCANEGRA es también partidario de afirmar su carácter objetivo, por ser más beneficioso para el particular dañado, que podrá verse resarcido sin necesidad de que concurra culpa en la conducta lesiva (R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad...*, cit., págs. 397 y ss.; M. REBOLLO PUIG, *Servicios...*, cit., págs. 27 y ss.). En cualquier caso —al margen de lo discutible de esta solución—, su paralelismo con las actividades sujetas a autorización no resulta sencillo. Entre el gestor del servicio público, el contratista y el sujeto autorizado existen diferencias notables. Los primeros ejercitan en nombre de la Administración actividades públicas o construyen a su cargo obras públicas; los segundos, en cambio, realizan una actividad propia, de carácter enteramente privado.

(29) STS de 15.7.1993 (Ar. 5810).

que sanciona la responsabilidad de la Administración por su funcionamiento *normal* o anormal (30). La nueva redacción del artículo 141.1 LRJPAC ha recortado un tanto la objetividad, al excluir la responsabilidad en los casos en que los daños «se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos» (31). Con todo, esto no es bastante para controlar la extensa responsabilidad en que puede incurrir la Administración por el funcionamiento normal de los servicios públicos. De ahí que se propongan correcciones o alternativas al sistema, especialmente necesarias en el caso de responsabilidad por la actuación del sujeto autorizado.

a) *Correcciones al sistema de responsabilidad objetiva o, directamente, recuperación de la idea de culpa.*

La mayor parte de la doctrina sustenta el actual sistema de responsabilidad objetiva, que cuenta ya con una arraigada tradición en nuestro ordenamiento jurídico (32). No obstante, al mismo tiempo, también reconoce los excesos a que conduce. En este sentido, NIETO ya destacó que la «responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico», que establezca límites a su ambiciosa formulación inicial (33).

(30) Se ha sostenido que el artículo 106.2 CE consagra el sistema de responsabilidad objetiva. Entre otros, M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, cit., pág. 29.

(31) Este precepto ha suscitado reacciones diversas. T. R. FERNÁNDEZ entiende que representa «una simple aclaración, no una modificación, de la cláusula general de responsabilidad, que desde el primer momento excluyó de su ámbito los daños resultantes de fuerza mayor, que es el concepto al que el texto transcrito (art. 141.1 LRJPAC) alude» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, 6.ª edic., 1999, cit., pág. 374). En cambio, JORDANO FRAGA ha razonado que —si se parte de que el sistema de responsabilidad objetiva ha sido constitucionalizado— la limitación que indudablemente conlleva el artículo 141.1 CE puede entenderse que se encuentra más allá de lo constitucionalmente permitido (vid. *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas*, núm. 149 de esta REVISTA, 1999, págs. 324 y 333). En esta línea, L. DÍEZ PICAZO sostiene que este precepto no alude a una fuerza mayor que excluya la causalidad, sino que introduce factores que pertenecen al terreno de la culpabilidad. En otros términos, se trata de causas de exoneración en atención a factores determinantes de exclusiones de culpabilidad (vid. *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 61-62).

(32) Se ha dicho incluso que la propia idea de culpa se encuentra en crisis en el sistema de responsabilidad civil: en una sociedad compleja como la actual —en la que con frecuencia el daño es resultado de múltiples concausas— es muy difícil demostrar qué o quién es el responsable de cada lesión. R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, cit., págs. 221-222.

(33) A. NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, «REDA», núm. 4, 1975, pág. 95, y *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial*, «REDA», núm. 51, 1986, págs. 427 y ss.

En esta línea, T. R. FERNÁNDEZ busca las fronteras del sistema en el carácter necesariamente individualizado de la lesión, que para ser tal ha de exceder de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social (34). Detrás de ello se encuentra la consideración de que las finanzas públicas resultan insuficientes para cubrir los perjuicios que afecten a extensos sectores de individuos (35). Pues bien —en la línea seguida por el Consejo de Estado—, los daños causados por el funcionamiento normal de los servicios «no son, como regla, indemnizables supuesta su generalidad y el deber jurídico que sobre todos los ciudadanos pesa de contribuir a las cargas comunes. La generalidad del daño impide, pues, la calificación de éste como lesión en sentido técnico» (36). Lo que deba considerarse funcionamiento anormal de la Administración remite a unos estándares o niveles medios de rendimiento de los servicios, que están en función del grado de sensibilidad social de cada época y de su desarrollo efectivo (37), y que en cada momento ha de fijar la jurisprudencia (38). Debe tenerse en cuenta que, en un sistema de responsabilidad que no fuese objetivo, la exclusión de la responsabilidad administrativa por el funcionamiento normal de los servicios públicos resultaría de la falta de antijuridicidad del daño.

Por su parte, LEGUINA —después de afirmar la bondad del sistema, pero como freno a los excesos indemnizatorios— advierte que la culpa mantiene «su ineludible presencia como criterio de imputación de daños, de manera que en un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido “anormalidad” en el funcionamiento del servicio público o, lo que es igual, si no ha habido ilicitud (ilegalidad o culpabilidad) en la actividad administrativa. En tales supuestos, el sistema de responsabilidad administrativa sigue siendo objetivo porque su fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio privado injustamente lesionado; pero si no hay culpa no hay tampoco causa administrativa del daño, no hay, en suma, nexo causal. La causa está en otra parte: en la propia víctima, en un tercero o en la fuerza mayor» (39). En definitiva, parece admitirse que la responsabilidad administrativa deriva del fun-

(34) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Los poderes públicos de ordenación bancaria y eficacia preventiva», en *Libro Homenaje al Profesor José Luis VILLAR PALASÍ*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 428 y ss., y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, 6.ª edic., 1999, cit., págs. 376 y ss.

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios...*, cit., pág. 185, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, 6.ª edic., 1999, cit., pág. 376.

(36) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los poderes...*, cit., pág. 430.

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, 6.ª edic., 1999, cit., págs. 389-390.

(38) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 119 y ss.

(39) J. LEGUINA VILLA, Prólogo al libro de M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad...*, págs. 22-23.

cionamiento anormal de los servicios públicos, ya que —en otro caso— no habría relación de causalidad. No obstante, la ausencia de culpa no excluye la causalidad, que —como después veremos— tiene un discurrir propio.

En la práctica, la jurisprudencia también trata de recortar la responsabilidad objetiva. De manera habitual, se exige el incumplimiento del deber de realizar una actuación determinada y, por lo mismo, se rechaza la responsabilidad de la Administración cuando el servicio público ha funcionado correctamente y no se han superado los estándares de riesgo inherentes a su utilización (40). El TS destaca en este sentido que «para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable» (41). En realidad, la superación de los niveles de riesgo admisibles, llanamente, equivale al funcionamiento anormal del servicio, lo que es reconocido por la jurisprudencia, expresa (42) o implícitamente (43).

Frente a esta postura, hay un sector doctrinal que discute abiertamente los presupuestos del vigente sistema de responsabilidad objetiva. En esta línea, GARRIDO FALLA aboga por la necesaria distinción entre el deber público de indemnizar y la responsabilidad administrativa, que sólo surge en supuestos de mal funcionamiento de los servicios públicos, lo que representa una forma evolucionada de responsabilidad por culpa (44). De hecho, la jurisprudencia sanciona

(40) R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad...», cit., págs. 362-363; M. MAGIDE HERRERO, «El criterio...», cit., págs. 375 y ss.

(41) STS de 19.6.1998 (Ar. 5272).

(42) En el supuesto de fallecimiento de internos en establecimientos penitenciarios, es jurisprudencia constante «exigir la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determinar con ello el carácter antijurídico del daño producido a pesar de haber intervenido terceras personas en su producción». Cfr. STS de 5.5.1998 (Ar. 4625).

(43) En este sentido, la STS de 15.12.1997 (Ar. 9357) razona que en el sistema de responsabilidad objetiva «no sólo no es menester demostrar... que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala... para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social».

(44) F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., págs. 243 y ss. Vid. también sus trabajos *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, «REDA»,

estas actuaciones cuando se produce un funcionamiento anormal del servicio, mientras que «si hubiese funcionado bien, la responsabilidad no se declararía». En cambio, la teoría de la indemnización entra en juego cuando el funcionamiento normal de los servicios públicos causa perjuicios singulares a los particulares. En estos casos, el deber de indemnizar no resulta sin más del hecho de que el perjudicado no estuviera obligado a soportar el daño, sino que ha de ser decidido por la jurisprudencia —a la luz de los principios de solidaridad e igualdad ante las cargas públicas—, valorando la intensidad y singularidad de los perjuicios y el beneficio que obtiene la comunidad de la actuación administrativa. Finalmente, el deber de indemnizar encuentra también su fundamento en el riesgo objetivo que representa el funcionamiento de determinados servicios públicos, al que reconoce una mayor extensión en el Derecho público que en el privado.

No hay base alguna —dice PANTALEÓN— para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar deba ser indemnizado por la Administración (45). La responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos debe restringirse a los que sean resultado connatural de actuaciones lícitas. La Administración no debe responder por daños que sean consecuencia indirecta de su actuación u omisión, producto de simples accidentes y no del funcionamiento anormal de los servicios administrativos. Lo único que cabría discutir a este respecto —sigue diciendo este autor— es la eventual instauración de nuevos ámbitos de responsabilidad por riesgo. Ir más allá nos alejaría del terreno de la responsabilidad para adentrarnos en el de la «seguridad social» (46).

En resumen, la desmesura a que, con frecuencia, conduce el régimen de responsabilidad objetiva —especialmente en los supuestos de actuación no reprochable de la Administración— obliga a la búsqueda de soluciones. Estas se pueden encontrar, manteniendo el régimen actual, pero corrigiéndolo con los estándares normales de funcionamiento de los servicios y la necesaria exigencia de individualización del daño; o bien subjetivizando el sistema, de manera que la Administración responda, como los demás sujetos, cuando su acción u omisión —por culpa o negligencia— cause perjuicios a los ciudadanos (salvo en los supuestos de responsabilidad por riesgo). En el

núm. 94, 1997, págs. 173 y ss., y «Panorama general de la responsabilidad "civil" de la Administración pública», en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y A. CALONGE VELÁZQUEZ (coords.), *La responsabilidad...*, cit., págs. 25 y ss. Vid. también R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad...», cit., pág. 364.

(45) F. PANTALEÓN PRIETO, *Los anteojos...*, cit., págs. 245 y ss.

(46) F. PANTALEÓN PRIETO, *Los anteojos...*, cit., pág. 250.

fondo, detrás de esta alternativa formal existe una coincidencia sustancial. La prestación de servicios públicos por debajo de sus niveles normales de funcionamiento, como hemos avanzado, representa una actuación administrativa deficiente y, por tanto, culposa de la Administración (en las condiciones espacio-temporales dadas, era posible y esperable otra actuación).

b) *Mal funcionamiento de la Administración en el ejercicio de sus competencias en relación con el sujeto autorizado.*

La corrección del sistema en los supuestos de responsabilidad administrativa por daños del sujeto autorizado es imprescindible. La afirmación de una genérica responsabilidad de carácter objetivo no tendría justificación. La Administración no tiene por qué hacerse cargo de todos los daños que el sujeto autorizado —que es un particular, que lleva a cabo una actividad privada— origine a terceros, sino sólo de aquellos que, mediando una causación adecuada, puedan imputarse a un funcionamiento anormal (culposo) de los servicios públicos. El presupuesto, por tanto, ha de ser un deficiente ejercicio de las competencias administrativas, con incidencia en la producción del resultado. Una solución distinta desvirtuaría el sentido de esta institución (y tampoco tendría posibilidades financieras reales).

De hecho, en este sentido se manifiesta la doctrina que se ha ocupado del tema, aunque —en la mayor parte de los casos— lo haga sin discutir el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. Será la culpa o negligencia —dice JIMÉNEZ BLANCO— lo que permite concretar la relación de causalidad, abriendo la posibilidad de imputar el daño, o una parte de él, a la Administración (47). También en esta línea, REBOLLO PUIG —como complemento, no como alternativa, al régimen de responsabilidad— acepta que, en los casos en que los daños sean debidos a alguien ajeno a la organización administrativa, la responsabilidad pública resulta del *funcionamiento anormal o culposo* de la Administración (no empleó la diligencia exigible para prevenir y evitar los daños), liberando así al elemento causal de unas funciones que no le corresponden (48). Más aún, GÓMEZ PUENTE entiende que funcionamiento normal y responsabilidad por omisión son ideas conceptualmente contrapuestas (49). Es muy difí-

(47) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 119 y ss. Asimismo, vid. sus trabajos «Régimen...», cit., págs. 1202 y ss., y *Supervisión bancaria y responsabilidad administrativa*, «RDBB», núm. 20, 1984, págs. 823 y ss.

(48) M. REBOLLO PUIG, *Servicios...*, cit., págs. 45 y ss. (cfr. pág. 47).

(49) M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, cit., págs. 771 y ss.

cil decidir si la Administración debe o no indemnizar —dice RIVERO ORTEGA—, ya que todas las actividades privadas que tienen alguna relevancia pública se encuentran sujetas a un control administrativo más o menos difuso (50). La clave de las dificultades interpretativas de la responsabilidad *in vigilando* —sigue diciendo— se encuentra en que cuando la Administración vigila, en general, no crea riesgos, sino que trata de evitarlos, lo que marca una diferencia considerable con respecto a la prestación de servicios públicos. Al final, de nuevo se busca en la relación de causalidad el límite al sistema: «si el servicio funciona correctamente, no puede decirse que el daño sea causado por el servicio; en cambio, si el servicio funciona mal o sencillamente no funciona, se crea una situación de riesgo de la que es coadyuvante la Administración, aunque el autor directo del daño sea un sujeto privado» (51). Finalmente, el problema es encarado directamente por MAGIDE, quien entiende que sería preferible restringir la responsabilidad por culpa *in vigilando* al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, es decir, predicar la antijuridicidad de la acción, no del daño (52). A este respecto, habría que examinar la antijuridicidad de la conducta, en función de los deberes que recaen sobre la Administración; y, después, valorar si en el incumplimiento de dicho deber se puede identificar un negligente funcionamiento de la Administración.

3.3. Responsabilidad por riesgo

Cuanto llevamos dicho, debería matizarse en el caso de actividades que comporten un riesgo cualificado, que reclaman una especial diligencia en la evitación del daño. De manera que quien desarrolle una actividad peligrosa, generando un riesgo para los bienes jurídicos ajenos, y obteniendo con ello un beneficio, debería soportar un régimen de responsabilidad, cuanto menos, más exigente que el que afecta a las restantes actividades (53). Este plus de responsabilidad —que habría de venir establecido normativamente— no sólo incumbiría al particular, sino también a la Administración, que habría de intensificar sus deberes de selección, vigilancia y control de la actividad autorizada (54).

(50) R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, págs. 224-225.

(51) R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, pág. 227.

(52) M. MAGIDE HERRERO, «El criterio...», cit., págs. 384 y ss.

(53) Así —en materia de daños al medio ambiente—, se ha ido configurando una responsabilidad objetiva fundada en la teoría del riesgo. L. GOMIS CATALA, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 98 y ss.

(54) Debe tenerse en cuenta que RIVERO ORTEGA significativamente destaca que gran

Este planteamiento no es sino una traslación de la doctrina jurisprudencial, que —aunque sin llegar a acoger el principio de responsabilidad objetiva— limita el criterio subjetivista del artículo 1902 Cc (55). En unos casos, con ello se invierte o atenúa la carga probatoria, de manera que se presume la culpa del autor del daño, sólo destruible mediante la demostración cumplida de que obró con todo el cuidado que requerían las circunstancias concretas. En otros casos, se hace más rigurosa la interpretación de la culpa, que no desaparece por la mera observancia de las disposiciones normativas, sino que requiere la adopción de la diligencia que sea necesaria de acuerdo con las circunstancias personales, temporales y del sector en el que se actúa. En cambio, no existe responsabilidad cuando se trate de riesgos «normales» o «razonablemente previsibles» (56).

4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La responsabilidad sólo surge cuando la acción u omisión es la causa del perjuicio. Sin embargo, más allá de la obviedad de esta afirmación, la causalidad se presenta como una cuestión jurídicamente insegura, que ha exigido una larga reflexión (57). En nuestro caso, hay que añadir la tendencia a acallar las altisonancias del sistema de responsabilidad objetiva llevándolas a la *terra ignota* de la causalidad, naturalmente, a costa de sus pocas certezas. La consecuencia es una jurisprudencia indecisa, apegada al caso concreto, que con frecuencia utiliza la causa simplemente para vestir sus intuiciones acerca de cuándo es o no razonable que pague la Administración.

«parte del fundamento de la doctrina de la responsabilidad objetiva de la Administración se basa en esta teoría de los riesgos...»; «la actividad administrativa de prestación de servicios públicos... provoca(n) una situación de riesgo que justifica la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva...». R. RIVERO ORTEGA, *El Estado...*, págs. 222 y 225.

(55) Entre otras, STS de 1.10.1998 (Ar. 7556).

(56) Aunque el ferrocarril es una actividad que entraña un riesgo, el TS entiende que éste está ausente para «quienes se hallan trabajando en una finca atravesada por una vía férrea, puesto que es patente que conocen o deben tener en cuenta en todo momento el riesgo que supone acercarse a la vía o intentar cruzarla por lugares inapropiados; se trata por tanto de un riesgo plenamente previsible, evitable y siempre eludible» (STS de 15.7.1993, Ar. 5810).

(57) Como muestra de su complejidad, a lo largo del tiempo, la doctrina ha aportado una sucesión de teorías a propósito de la relación de causalidad. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV (Derecho de obligaciones), 15.ª edic., Reus, Madrid, 1993, págs. 965 y ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 489-490; L. DIEZ PICAZO, *Derecho...*, cit., págs. 331 y ss.

4.1. *Causalidad, imputación objetiva y omisión*

En relación con la causalidad, es necesario sentar las cuatro siguientes premisas.

En primer lugar, la producción material de un hecho dañoso, inevitablemente, es el resultado de múltiples factores, sin los cuales aquél no hubiera acontecido. En el plano de las leyes físicas y naturales, hay que reconocer idéntica virtualidad a todos los factores que inciden en el resultado (en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones) (58).

En segundo lugar, en el mundo del Derecho, la causación no puede abordarse sólo con arreglo a criterios materiales, sino fundamentalmente valorativos. No interesa el variado y desigual cúmulo de causas sin las cuales el resultado físicamente no se hubiera producido, sino sólo aquellas que jurídicamente pueden considerarse relevantes. Se trata de encontrar una «causalidad jurídica» (59), o, lo que es lo mismo, una *imputación objetiva*, que permita referir jurídicamente el resultado dañoso a la conducta de un sujeto determinado (60).

En tercer lugar, los criterios de imputación objetiva han de tomar en cuenta los siguientes elementos: el tipo de riesgo creado y la idoneidad de la conducta para la generación del daño (aunque todas las intervenciones son causalmente necesarias, valorativamente, no todas ellas reclaman que el sujeto se haga cargo del resultado); el comportamiento de la víctima y la eventual incidencia de elementos extraños en la producción del daño; la posición jurídica de los sujetos intervinientes (no todos tienen la misma obligación de evitar el resultado) (61). A este respecto, la imputación del resultado a la Admi-

(58) F. PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 1561.

(59) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., pág. 488.

(60) La doctrina penalista ha puesto de relieve que lo importante no es tanto si los hechos son causa del resultado, sino si determinados hechos causantes deben ser considerados como jurídicamente relevantes y, en consecuencia, si permiten su imputación objetiva a una determinada persona (ROXIN, JAKOBS). L. DIEZ PICAZO, *Derecho...*, cit., págs. 340 y ss.

(61) En el Derecho Penal se dice que el perjuicio es imputable a un sujeto porque con su conducta se ha materializado un riesgo creado por el autor y no permitido por el ordenamiento jurídico. Un resultado causado por el agente —dice C. ROXIN— sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico de que se trate no cubierto por un riesgo permitido y, al mismo tiempo, ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto (*Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 342 y ss., especialmente págs. 362 y ss.). Por su parte, G. JAKOBS pone el acento en la distinta posición jurídica (rol) que ocupan las personas de cara a la evitación de los daños posibles. De manera que la imputación objetiva se producirá cuando el compor-

nistración presupone que ésta tenga encomendada una específica función de protección del bien jurídico afectado (posición de garante) y, además, la posibilidad de evitar el daño (62).

Finalmente, en cuarto lugar, cuando el daño se produce por omisión no puede afirmarse una estricta relación de causalidad (*ex nihilo nihil fit*), sino —a lo sumo— una «causalidad hipotética», consistente en la no evitación del resultado (63). Lo decisivo en los supuestos de responsabilidad por inactividad material de la Administración —dice ENTRENA— no es la existencia efectiva de una relación causal, «sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios» (64).

4.2. Su aplicación al sujeto autorizado y a la Administración

El presupuesto de la responsabilidad administrativa es que la actuación del sujeto autorizado sea la causa de los daños. Estos han de ser, además, objetivamente imputables a la Administración. Debe tenerse en cuenta que esta última asume el deber de controlar determinadas condiciones del ejercicio de las actividades sujetas a autorización, con el fin de reducir o eliminar el riesgo de producción de daños a la colectividad. La Administración no se responsabiliza, pues, de todas las facetas de la actividad del sujeto autorizado, variadas e imprevisibles en cuanto a su potencial de generación de daños, sino sólo de aquellas que —en atención a su particular peligrosidad— la normativa específicamente le encomienda. El punto de partida es, pues, la consideración del alcance de los concretos deberes que asume la Administración respecto de la actividad autorizada.

Por contra, si se aplicase la teoría de la equivalencia de las condiciones, la responsabilidad pública no podría eludirse en ningún caso, ya que la Administración siempre contribuye a la generación del resultado, siquiera sea con el otorgamiento de la autorización. Sin em-

tamiento del sujeto se desvía de las expectativas generadas por su rol. En cambio, quien actúa de acuerdo con su rol no será responsable, aun en el caso de que hubiera podido evitar el resultado (*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 222 y ss., y *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Madrid, 1996, este último trabajo citado por L. DIEZ PICAZO, *op. cit.*, págs. 340 y ss.).

(62) R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 367.

(63) En el Derecho Penal se establece una distinción entre los delitos de omisión pura, en los que basta con no hacer algo determinado, y los delitos de comisión por omisión, que requieren la no evitación de un resultado.

(64) R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 367. En esta línea, MAGIDE también precisa que en los supuestos de omisión, en rigor, no puede hablarse de causa. La clave está en descubrir si la norma imputa objetivamente dichos daños a la Administración. Vid. *op. cit.*, págs. 378 y ss.

bargo, el erario público no puede asumir todos los perjuicios que pueda originar el sujeto autorizado, sino sólo aquellos que —de acuerdo con la normativa sectorial aplicable— expresen una conexión razonable entre el daño y la acción u omisión de la Administración. El resultado ha de ser previsible y evitable en el curso normal de los acontecimientos, de manera que —a la vista de las circunstancias concurrentes— la conducta de la Administración pueda considerarse idónea para su producción. Por el contrario, la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño juegan como factores exonerantes de la responsabilidad (65). Lo mismo ocurre con la presencia de circunstancias de fuerza mayor, así como con la concurrencia de culpa de la víctima (66). La Administración —dice ENTRENA— responde porque, al incumplir su deber de garante, da lugar a una lesión «*que podría haberse evitado* o al menos paliado de haberse realizado la actividad pertinente» (67). En definitiva, la pregunta que hay que hacer es la siguiente: ¿qué daños hubieran podido razonablemente evitarse si la Administración hubiese ejercido adecuadamente sus competencias? Sólo éstos han de configurar la obligación administrativa de indemnizar.

Este criterio no permite resolver automáticamente todos los supuestos de responsabilidad, menos aún en abstracto. En muchos casos, tendrán que ser decididos con ayuda de la prudencia del juez. Sin embargo, no es aventurado decir que, en términos generales, la responsabilidad administrativa puede derivarse en tres casos: primero, ante graves negligencias en el otorgamiento de la autorización, habilitando para el ejercicio de la actividad a quien no reúne las más elementales condiciones para ello; segundo, cuando el daño resulte de aspectos de la actividad que hayan sido predeterminados por la norma o, excepcionalmente, por la Administración (cláusulas accesorias); tercero, cuando el deficiente ejercicio de sus potestades de *vigilancia y control* haya permitido la concreción de un resultado dañoso, que —en otro caso— no se hubiera producido.

4.3. *Su reflejo en la jurisprudencia*

Al analizar el nexo causal, de manera intuitiva, la jurisprudencia responde ya a los criterios generales que acabamos de apuntar.

En algunos casos, la ausencia de responsabilidad se debe a la fal-

(65) STS de 26.9.1998 (Ar. 6836), *a contrario*.

(66) STS de 19.6.1998 (Ar. 5272), *a contrario*.

(67) R. ENTRENA CUESTA, «Responsabilidad...», cit., pág. 370.

ta de relación de causalidad. La Administración no responde, porque —sencillamente— no ha coadyuvado a la producción del resultado. En este sentido, la STS de 4.5.1998 (Ar. 4593), S. C-A, rechaza la responsabilidad administrativa por daños causados por un petardo tirado por un tercero, con ocasión de unas fiestas patronales, porque la Administración «no organizó festejo pirotécnico alguno, no ha habido inobservancia o dejación de las medidas de policía o de seguridad exigibles ni infracción de la normativa sobre fabricación, utilización o venta de artificios pirotécnicos o sustancias explosivas... La asunción por la Administración de competencias en la organización de los festejos no la convierte en responsable de todos los actos que durante los mismos acaezcan, pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario... se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».

En otros casos —aunque pueda entenderse que la Administración ha contribuido materialmente a la producción del resultado— falta la imputación objetiva. En el fondo, esto es lo que ocurre en la STS de 25.4.1988 (Ar. 3203), S. C-A, asunto *Sofico* (68). La normativa vigente sometía a previa autorización toda actividad publicitaria que implicase una apelación al ahorro del público, bien que rechazando expresamente que ello pudiera entenderse como garantía de la Administración frente a los inversionistas respecto a la rentabilidad, seguridad o buen fin de la inversión (69). En el presente caso, la publicidad se llevó a cabo sin la preceptiva autorización administrativa y sin indicar que ésta había sido obtenida, como también exigía la normativa (70). Producida la quiebra del grupo, los inversores pretendieron deducir la responsabilidad de la Administración, alegando que su comportamiento se había visto determinado por la confianza que les generaba el amparo de legalidad, que se desprendía del hecho de que la empresa no hubiera sido sancionada por la Administración. El deficiente ejercicio de sus facultades de vigilancia y sanción estaba, pues, en la base de la reclamación de daños a la Admi-

(68) M. MAGIDE HERRERO, «El criterio...», cit., pág. 391, nota 28.

(69) Vid. el artículo 3 del Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, que regulaba la publicidad de ciertas inversiones, y la Orden del Ministerio de Hacienda de 26.10.1973, que lo desarrolló.

(70) Vid. el artículo 5 del Decreto 2584/1973, de 19 de octubre.

nistración. Frente a ello, el Tribunal rechazó la existencia de todo nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el desastre económico empresarial, causa directa de los perjuicios de los inversionistas: «Pretender ligar causalmente la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas objeto de la publicidad —dice el Tribunal— resulta terminantemente excesivo». Aunque hubiera mediado la preceptiva autorización, ello no hubiera sido suficiente para desencadenar la responsabilidad administrativa. La inexistencia de sanciones tampoco basta para justificar la confianza en que la Administración reconoce como legal una cierta actividad, ya que no le resulta posible sancionar de oficio todas las infracciones que se producen. En resumen, «unas promesas de “negocios fantásticos” hechas en una publicidad que ostensiblemente carecía de autorización administrativa y una ausencia de sanciones, resultan insuficientes, en el modo normal de ocurrir las cosas, para generar en los inversores una confianza tal en el respaldo administrativo de las actividades objeto de la publicidad que pudiera explicar causalmente el hecho de la inversión». Como bien señalaba la normativa vigente, la intervención administrativa no podía asegurar el buen fin de las inversiones. La razón de ser de la autorización no podía ser otra que garantizar que las empresas que intervenían en estos sectores de riesgo tuvieran una estructura y actuación que ni permitiera fácilmente el fraude ni la conducción temeraria del negocio (71). Nada más. La cuestión a dilucidar, por tanto, debió ser si la falta de intervención administrativa fue determinante del resultado del grupo o si, por el contrario, sus negativos resultados económicos se debieron a una desacertada dirección empresarial, por principio, ajena a la Administración. Sólo en el primer caso hubiera debido sancionarse la responsabilidad administrativa, por serle objetivamente imputable el resultado.

La responsabilidad administrativa fue también discutida a raíz de la organización por parte de un Ayuntamiento de una verbena en un parque público, acompañada de la autorización para la instalación de kioscos, durante la celebración de las fiestas patronales. El propietario de un hotel próximo al parque reclamó a la Administración la indemnización por los daños producidos como consecuencia del descenso de ocupación hotelera, que se decía debido a los ruidos sufridos durante dichos festejos. La sala de instancia reconoció la responsabilidad de la Administración, por entender que la causa de los daños había sido el deficiente funcionamiento de los servicios muni-

(71) La intervención de la Administración ha de garantizar el cumplimiento de la Ley, no el éxito económico. M. MAGIDE HERRERO, «El criterio...», cit., pág. 393.

cipales de vigilancia, que no debieron autorizar la colocación de aparatos acústicos a tan escasa distancia. Al enfrentarse con el caso —en su sentencia de 25.5.1995 (Ar. 4031), S. C-A—, el TS rechazó la existencia de responsabilidad administrativa. Por un lado, negó que la organización de los festejos hubiera supuesto un sacrificio excesivo y, como tal, desigual para el negocio hotelero, ya que la proximidad al lugar donde radicaban las actividades lúdicas —como contrapartida— le situaba en posición ventajosa para atraer a nuevos clientes o, cuanto menos, para prestar otros servicios (bar, restaurante, etc.). Por otro lado, el Tribunal negó la existencia de una relación de causalidad entre la actuación administrativa y la desocupación del hotel, que se debía más bien a otras razones, entre las que se encontraba el aumento de plazas hoteleras en la ciudad.

Finalmente, hay supuestos en los que el daño resulta objetivamente imputable a la Administración. En este sentido, el TS —en la sentencia de 30.4.1996 (Ar. 3644), antes citada— reconoció el nexo causal entre el otorgamiento municipal de la licencia y la demolición del edificio con daños a terceros. El Ayuntamiento «otorgó la licencia, amparando con ello la actividad realizada, sin exigir que la demolición se ajustase a pautas para la reducción de los efectos nocivos para terceros de la actividad de derribo. Con ello determinó que éste se hiciese en una forma menos gravosa o costosa para el contratista y más molesta y perjudicial para otros ciudadanos. El otorgamiento de la licencia en la forma correcta, esto es, contemplando los requisitos del proyecto de demolición, y la consecuente actuación posterior a raíz de las denuncias recibidas, hubieran evitado los efectos perjudiciales. Por todo ello, éstos son imputables al indebido ejercicio por la Administración de su actividad de control».

5. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

En la mayor parte de los casos, la responsabilidad administrativa vendrá a sumarse a la del propio sujeto autorizado, lo que debe traducirse en un reparto del deber de indemnizar. Con todo, este supuesto no está previsto en la legislación, que sólo contempla la concurrencia de responsabilidades entre distintas Administraciones públicas (art. 140 LRJPAC). En realidad, la participación de un colaborador externo (o de más de un ente público) en la producción del resultado ha sido siempre «un asunto prácticamente desatendido y muy poco elaborado... las sentencias usan respuestas variables, inseguras, reveladoras de la inexistencia de un cuerpo de doctrina esta-

ble» (72). No puede extrañar, pues, que su régimen jurídico sea problemático, especialmente cuando —como decimos— concurre un sujeto privado en la generación del daño. En este sentido, conviene reparar en los siguientes tres aspectos.

En primer lugar, se impone una responsabilidad solidaria entre todos los causantes del daño, de manera que el perjudicado pueda reclamar íntegramente la indemnización a cualquiera de ellos. Esta solución garantiza una más amplia protección de la víctima, principio capital en materia de responsabilidad (73). De ahí que sea ésta la línea que sigue la jurisprudencia (74), sin perjuicio de que no falten tampoco supuestos en los que se condena a la Administración sin matización alguna (75).

En segundo lugar, ha de repartirse la indemnización entre la Administración y el sujeto autorizado. Hasta ahora, la jurisprudencia, en general, sólo se ha preocupado por afirmar la responsabilidad pública. No obstante, el derecho de repetición debe entenderse en todo caso subsistente. El reparto de responsabilidades ha de hacerse en función del grado de participación en el resultado. Si esto no es posible —lo que no será infrecuente—, la indemnización habrá de dividirse en cuotas iguales.

En tercer lugar —a nivel procesal—, se impone la unidad jurisdiccional, no sólo para garantizar la coherencia de las decisiones judiciales, sino también para facilitar al reclamante la reparación del perjuicio. A este respecto, se ha sentado el criterio de que la reclamación de daños a la Administración sólo puede sustanciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa —arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA—. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la eventual exoneración de

(72) S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 162.

(73) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, vol. II, 6.ª edic., cit., pág. 403.

(74) «Es doctrina unánime, desde la Sentencia de 5 noviembre 1974 —dice la STS de 23.2.1995 (Ar. 1280), S. C-A—, la aceptación de un vínculo de solidaridad entre los distintos responsables del perjuicio causado, incluso en los supuestos en que uno de los hipotéticos coautores sea un tercero ajeno a la Administración, como único medio para dar satisfacción a las exigencias propias del principio, básico en la materia, de la garantía de la víctima, que, de otro modo, correría el riesgo de quedar burlado, razón por la que no existe inconveniente para que se ejercite la acción sólo contra la Administración, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra los terceros, de tal manera que la vis atractiva del proceso civil sólo se produce cuando se ejercita acumulativamente la acción de responsabilidad contra la Administración y los terceros intervinientes...».

(75) En la línea de contener la expansión del principio de solidaridad, MUÑOZ MACHADO opina que esta regla sólo debe aplicarse cuando —además de resultar probado que hayan concurrido a la producción del daño los distintos cocausantes— no pueda determinarse ni cuantificarse económicamente la parte de éste que haya causado cada partícipe. Así —dice este autor—, no parece razonable que se imponga la condena a la Administración como responsable solidaria en los casos de falta de vigilancia de la actividad del concesionario. Vid. *op. cit.*, pág. 172.

responsabilidad de la Administración no necesariamente significará la exención de la del sujeto autorizado.

6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO:
HACIA UN RÉGIMEN GARANTE, REALISTA Y PRACTICABLE

El artículo 3.1 Cc obliga a interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. Esta regla de oro de la interpretación debe también valer para la propia elaboración de las normas. El acierto formal de determinadas soluciones técnico-jurídicas, a la postre, resultaría dañoso para el interés general si —en el contexto espacio-temporal— las opciones legislativas no pudieran ser materialmente llevadas a cabo.

En este sentido, el extenso régimen de responsabilidad por daños del sujeto autorizado al que se pueden ver sometidas las Administraciones públicas —incluso aceptando su reducción al funcionamiento anómalo de los servicios públicos— aconseja la búsqueda de soluciones pragmáticas, que protejan los intereses en juego, pero que permitan cumplir las normas (algo tan necesario en nuestro país), sin poner en jaque a las finanzas públicas. A este respecto, podría generalizarse en este ámbito la responsabilidad subsidiaria de la Administración, que asumiría la reparación cuando el autor del daño no tuviera asegurado el riesgo (76).

En este sentido, por vía normativa —o incluso mediante cláusulas accesorias— podría exigirse al sujeto autorizado la suscripción de un seguro privado (77), como ya ocurre en algunos sectores (78). Del lado del particular, ello no sería sino una carga, que vendría a com-

(76) Entre los límites del sistema de responsabilidad, el Derecho alemán recoge la llamada cláusula de subsidiariedad (*Subsidiaritätsklausel*): la responsabilidad por actuación culposa del funcionario sólo surge en caso de que el perjudicado no tenga otra vía de compensación (§ 839 I 2 BGB). Esta cláusula —que se explica históricamente como un medio para aliviar la responsabilidad personal del funcionario— perdió sentido con la asunción de la responsabilidad directa por parte del Estado, ahora garantizada constitucionalmente en el artículo 34 LF (H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., C.H. Beck, München, 1997, págs. 626-627, marginal 22, y 631-633, marginales 29-31; PAPIER, comentario al artículo 34 LF, en MAUNZ-DORIG-HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, Lfg. 34, 1998, págs. 104 y ss., marginales 250 y ss.). Con todo, una cláusula de este tipo puede encontrar su razón de ser en supuestos de responsabilidad pública por daños causados por el sujeto autorizado.

(77) En contra de lo que parece entender JORDANO, la suscripción de seguros privados no necesariamente es regresiva y neoliberal, ni —desde luego— es contraria a los postulados del Estado social. J. JORDANO FRAGA, *La reforma...*, cit., pág. 324.

(78) En ocasiones, la legislación impone esta obligación en relación con actividades de riesgo. Así, el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, obliga al propietario de todo vehículo de motor a suscribir una póliza de seguro que cubra su res-

pensar la situación de riesgo que él mismo introduce. Del lado de la Administración —aunque se perdería el correctivo que supone la responsabilidad patrimonial—, subsistirían las responsabilidades disciplinaria y política, que podrían actuarse frente al deficiente ejercicio de sus competencias.

En segundo lugar, en ámbitos que tengan una amplia trascendencia económica y social, la normativa puede imponer la creación de fondos de compensación o de garantía (79), sufragados por el conjunto de los operadores del sector, que vinieran a cubrir la responsabilidad que, en otro caso —a la vista de los exigentes deberes que asume la Administración—, podría acabar gravando a las arcas públicas.

ponsabilidad por daños causados a terceros (hasta la cantidad fijada reglamentariamente). El artículo 52 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, sanciona la obligación del cazador de contratar un seguro obligatorio que cubra los daños que pueda ocasionar a las personas (esta exigencia ha sido recogida también por la legislación autonómica). El artículo 21 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, obliga a que un seguro cubra los daños que puedan sufrir los viajeros en todo transporte público de esta índole. Asimismo, se faculta a la Administración para establecer la obligatoriedad de que las empresas y agencias de transporte suscriban un seguro de vida, que cubra su responsabilidad derivada del cumplimiento del contrato de transporte de mercancías. El importe de estos seguros tendrá la consideración de gasto de explotación y será repercutible en las tarifas. En el mismo sentido, el artículo 5.2.b) de la Orden Ministerial de 29.12.1992, recogiendo la exigencia del Derecho comunitario, impone a la empresa aérea la obligación de concertar un seguro que cubra la responsabilidad en caso de accidente. Las ventajas del aseguramiento obligatorio de los riesgos son también bien conocidas en ámbitos en los que se ha extendido la responsabilidad objetiva, como el medio ambiente (L. GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 282 y ss.).

(79) M. MAGIDE HERRERO, «El criterio...», cit., pág. 389.

