

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

SUMARIO: 1. Ambito del tema.—2. Responsabilidad de la Administración por daños causados en el ejercicio ilegal del Poder público o por el funcionamiento anormal de los servicios públicos mediante culpa de sus funcionarios.—3. Daños causados en el ejercicio de la potestad discrecional.—4. Imputabilidad.—5. La responsabilidad de la Administración y la responsabilidad personal del funcionario.—6. La responsabilidad de la Administración por daños causados en el ejercicio legal del Poder público.—7. Responsabilidad por riesgo.—8. Posibilidad de hallar un fundamento único en las diversas clases de responsabilidad de la Administración.—9. Derecho español.

1.—*Ambito del tema.*

La responsabilidad de la Administración pública, además de su interés doctrinal para los estudiosos del Derecho y de su valor práctico para los que intervienen en la vida jurídica, ofrece el aliciente de la novedad, por tratarse de materia en la que se han introducido importantes innovaciones en nuestro ordenamiento jurídico y en reciente época.

Sabido es que se cuentan por centenares las monografías y artículos de revista dedicados a esta cuestión (1).

Y se explica esta profusión de bibliografía, porque en la teoría y en la práctica plantea interesantísimos problemas esta institución jurídica de la responsabilidad de la Administración, sin la cual las garantías jurídicas de los particulares quedarían incompletas, y sin la cual, taru-

(1) En España, en estos últimos años, merecen recordarse los excelentes trabajos de GARRIDO FALIA (Fernando), *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, Madrid, 1952; el de TENA IBARRA (Juan Ignacio), *Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad de la Administración*, en *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, núm. 6, 1951, y GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956.

bién impropiamente, puede llamarse un Estado Estado de Derecho.

En efecto, no es suficiente para asegurar el restablecimiento del orden jurídico y el respeto a los derechos de los particulares, establecer, en favor de estos últimos, recursos jurisdiccionales que permitan la anulación o revocación de los actos administrativos ilegales o lesivos de derechos.

Si una casa ha sido derribada indebidamente, el propietario no se considerará, con razón, satisfecho, con la declaración de ilegalidad del acuerdo que ordenó la demolición. Si un contrato de obras y servicios públicos es rescindido injustamente por la Administración, el contratista no se dará por contento con que se declare ilegal la rescisión.

Tanto en uno como en otro caso, el particular ha sufrido unos daños, unos perjuicios, cuya reparación no se consigue con la simple revocación de los acuerdos que los causaron, sino que hace falta, además, que se declare la obligación de la Administración pública de indemnizarlos.

Otras veces, no se trata de daños producidos por la ejecución de un acuerdo ilegal, sino de perjuicios sufridos a causa del mal funcionamiento de un servicio, por hechos materiales que no pueden considerarse como ejecución de un acuerdo anterior. Así, el atropello de un particular por un automóvil del Estado; los daños causados a un coche con motivo de una inspección de aduanas; las heridas sufridas por un transeúnte en plena calle, por los disparos hechos por la policía en la persecución de un delincuente.

En ocasiones, los acuerdos, aun siendo legales, y los servicios públicos, aun funcionando normalmente, producen, sin embargo, unos daños en la propiedad o en los derechos de los particulares que deben ser resarcidos. Así, la autoridad sanitaria, para combatir la peste bovina, puede ordenar el sacrificio de todas las reses de una localidad; las autoridades civiles, para evitar la propagación de un incendio, pueden decretar la demolición de edificios o de obras de particulares; un Ayuntamiento ejecuta obras de urbanización que ponen en peligro la estabilidad de un inmueble o que imposibilitan o hacen muy difícil el acceso que antes tenía un edificio, etc.

En estos casos y en los anteriores suele hablarse de responsabilidad de la Administración para designar su obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

De los ejemplos indicados se deduce que la responsabilidad de la Administración puede tener su origen en una relación contractual. La que nace del contrato ha sido siempre admitida de modo unánime. La Admi-

nistración debe indemnizar los daños que haya causado por incumplimiento de los contratos y concesiones administrativos. Lo aconseja, además, una razón práctica. Si no fuera así, sería muy difícil que la Administración encontrara quien quisiera contratar con ella, conocido el riesgo de los daños en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la Administración

De igual manera, fué siempre admitida la responsabilidad de la Administración cuando ésta obrara como persona de Derecho privado, esto es, como sujeto de derechos y obligaciones, al igual que los particulares. Al participar en el comercio jurídico común, como los demás ciudadanos y en pie de igualdad con éstos, nada se opone a que se le apliquen también las normas del Código civil relativas a la responsabilidad por daños.

Por ello, en este artículo prescindiré de la responsabilidad contractual de la Administración y de la que le incumbe cuando ejerce su capacidad de derecho privado, pasando a ocuparme solamente de la responsabilidad extra-contractual como sujeto de Poder público, como persona de Derecho público, en el ejercicio de funciones públicas y en la prestación de los servicios públicos.

Para su mejor estudio y mayor claridad en la exposición, distinguiremos tres clases de responsabilidad de la Administración, atendiendo al origen de los daños: a) Unas veces, el daño ha sido producido por la ejecución de acuerdos ilegales o porque el servicio público ha funcionado de modo irregular y anormal, esto es, por impericia, error, negligencia o dolo de las Autoridades, funcionarios o agentes; por culpa, en suma, de los funcionarios.

b) Otras, el daño tiene su origen en la actividad administrativa ejercida legalmente en el funcionamiento regular y normal de los servicios públicos, sin culpa. por tanto, de nadie.

c) Finalmente, y este es un supuesto que olvidan muchas veces los autores, el daño ha sido causado sin culpa de los funcionarios, de un modo anormal, excepcional, sin que pueda decirse que la Administración ha obrado ilegalmente, pero sin que, tampoco, pueda afirmarse que se trata de un funcionamiento normal de los servicios públicos. Por ejemplo, si por causas desconocidas explota un polvorín y causa daños a terceros, no podrá declararse la obligación de la Administración pública de indemnizar a título de actividad ilegal o por culpa de sus funcionarios, puesto que es perfectamente legal la existencia del polvorín y no se ha demostrado la

culpa de nadie. Y tampoco podrá decirse que el servicio público ha funcionado de un modo normal, puesto que no puede considerarse como normal la explosión de un polvorín y el causar víctimas.

2.—*Responsabilidad de la Administración por daños causados en el ejercicio ilegal del Poder público o por el funcionamiento anormal de los servicios públicos mediando culpa de sus funcionarios.*

En este punto se manifiesta de modo patente que, dentro del Derecho público, ninguna materia ha sufrido una evolución más rápida y característica que la responsabilidad de la Administración.

A fines de siglo, en la doctrina y en la legislación de los distintos países dominaba la idea contraria a la responsabilidad de la Administración.

El argumento más fuerte se basaba en la soberanía del Estado, considerando inconciliables la soberanía y la responsabilidad. La soberanía supone superioridad, y la responsabilidad implica igualdad. Estas ideas se fundaban en una concepción errónea de la soberanía como poder ilimitado, que rechaza limitaciones y obligaciones. En verdad, como dice ALESSI, si a la soberanía le repugnan efectivamente limitaciones provinientes de fuera, de sujetos extraños, no le repugnan, en cambio, *autolimitaciones* de la misma, limitaciones procedentes del mismo Estado, limitaciones a las que da carácter jurídico el principio de la división de poderes (2). Gracias al principio de división de poderes, el Estado aparece en tres momentos distintos, como legislador, como juez y como Administración pública, diferenciándose por medio de sus diversos órganos en cada uno de estos tres momentos. Se concibe así que el Estado pueda ser limitado en su libertad de acción por las normas jurídicas que él mismo ha dictado. Si el Estado, autolimitándose mediante normas jurídicas, delimita y fija la esfera propia frente a los particulares y la de éstos frente al Estado, no parece inconciliable con la soberanía, que el Estado, considerado como Administración pública, sea responsable de las violaciones de la esfera jurídica de los particulares delimitada por la Ley.

Hoy ya no existen dudas sobre este punto. Las doctrinas que defendían

(2) ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2.^a edi., 1951, página 141.

la irresponsabilidad de la Administración no son más que un recuerdo, una curiosidad histórica.

Por el contrario, la doctrina considera actualmente como uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, el respeto a los derechos subjetivos de los particulares, con la consiguiente obligación de indemnizar en caso de ser violados.

También ha sido superada por la doctrina, y en la mayoría de las legislaciones, otra distinción clásica en el pasado siglo, la de actos de imperio y de gestión, que excluía la responsabilidad de la Administración respecto de los primeros.

Hoy se admite la responsabilidad de la Administración con carácter general, por todos sus actos, con excepción de los actos de Gobierno, aunque en algún país, como Francia, pueden citarse algunos ejemplos de indemnización por daños causados con ocasión de actos políticos.

Mas, aun admitida con carácter general la responsabilidad de la Administración por los actos de sus funcionarios, la doctrina ha discutido si tal responsabilidad es directa por tratarse de actos propios, realizados por ella, o indirecta, por ser actos de sus funcionarios, de los que ella responde por virtud de la relación jurídica de representación o de mandato que con ellos la une o por una oferta de garantía.

Hoy la doctrina y la legislación van abandonando la idea de una responsabilidad indirecta. No es una relación jurídica de representación la que liga a la Administración pública con sus funcionarios. No son éstos unos extraños a la Administración, sino que forman parte de la misma como órganos. La doctrina orgánica ha prestado una ayuda inapreciable en este aspecto. La Corporación es una persona colectiva real, capaz no sólo de derechos, sino también de voluntad y de acción. «*El querer y el obrar de la Corporación aparecen como una actividad vital de una personalidad inmanente*» a la Comunidad, que sólo se manifiesta efectivamente en el campo del derecho mediante la actuación del órgano externo llamado a ello por el derecho. En el caso de que esto ocurra, es la persona colectiva misma la que quiere y obra mediante su órgano» (3).

El órgano y la persona moral son una sola persona. El órgano como tal no tiene una personalidad distinta de la de la persona moral. Se reconoce así la posibilidad de que una Corporación realice actos antijurídicos. El

(3) GIERKE, *Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung*, 1887, págs. 614 y ss.

ordenamiento jurídico no puede imponer obligaciones sin la posibilidad de su violación, y tampoco atribuir derechos sin la posibilidad de su abuso.

El Estado, la Administración, no responderían, pues, por culpa *in eligendo* o *in vigilando* con relación a sus funcionarios, sino porque la culpa *in comitendo* o *in omitendo* de éstos se considera culpa de la propia Administración. Esta es la doctrina admitida en el Derecho francés, alemán e italiano. Así, una sentencia de la Corte de casación italiana declara que la responsabilidad de la Administración por hechos ilegales no deriva su fundamento del artículo del Código civil relativo a la responsabilidad indirecta por actos del mandatario, porque faltan los presupuestos de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ni de la responsabilidad objetiva (fundada en el principio *ubi commoda ibi et incommoda*), sino que se configura como responsabilidad directa de la Administración por actos propios, siempre que los órganos por medio de los cuales obra, en la esfera de sus atribuciones, causen culposamente un daño al particular.

Por eso, en el aspecto procesal se ha declarado que en el juicio de responsabilidad civil en que la Administración haya sido demandada por un hecho ilegal de uno de sus dependientes, no es necesaria la comparecencia del autor del hecho, el cual, por otra parte, puede ser emplazado, a instancia de la Administración, cuando ésta lo estime oportuno.

De igual manera, en Francia se juzga al servicio público, no al funcionario. Aunque el agente cuya es la culpa sea conocido, el Consejo de Estado no considera útil designarlo en una resolución, por ser indiferente jurídicamente.

Mas, aun reconocida la responsabilidad general y directa en la Administración por los actos ilegales de sus funcionarios, quedan varias cuestiones por resolver :

a) El fundamento jurídico de la obligación de indemnizar : la ilegalidad en sí misma o la culpa de sus funcionarios, que se considera culpa de la propia Administración.

b) Qué condiciones son precisas para que el acto o hecho del funcionario sea imputable a la Administración.

a) *Fundamento.*—Para algunos autores la ilegalidad del acto cuya ejecución ha causado el daño es el fundamento de la responsabilidad de la Administración. No hace falta demostrar la culpa o negligencia del autor.

La responsabilidad es objetiva; sólo hay que probar que el acto era ilegal. (FORTI, ZANOBINI.)

Para otros autores (ALESSI, MAZZA), no es suficiente la ilegalidad; hay que demostrar la culpa o negligencia. Así, por ejemplo, en Italia, una parte de la doctrina considera que la responsabilidad de la Administración se funda en el artículo 2.043 del Código civil, aplicable también a los entes públicos, y según el cual: «Todo hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto, obliga al que cometió el hecho a resarcir el daño.» Hay, pues, que demostrar la voluntariedad o la culpa.

Estos autores consideran que el fundamento legal es el artículo 4.º de la Ley de 20 de marzo de 1865, que abolió lo contencioso-administrativo y que confió a los Tribunales ordinarios, no la facultad de anular los actos administrativos, pues esto suponía una injerencia de los tribunales en la Administración, contraria a la división de poderes, sino solamente el conocer de los efectos de los actos ilegales. Pues bien, la obligación de indemnizar es uno de los efectos del acto ilegal; luego los tribunales pueden declarar la responsabilidad de la Administración por el solo hecho de haberse producido un daño a consecuencia de un acto contrario a derecho. La Administración no responde a título de culpa, sino que su responsabilidad es determinada por la violación de normas legales o reglamentarias.

En la jurisprudencia italiana encontramos sentencias que pueden servir de apoyo a una u otra doctrina.

Mas nos preguntamos nosotros si la culpa no consistirá en la violación de las disposiciones legales, si no se presume por esa misma transgresión.

También en Alemania se considera necesaria la culpa del funcionario, pues aunque según el artículo 34 de la Ley fundamental de Bonn «si alguien en el ejercicio de un puesto público falta a un deber de su cargo que le obliga frente a un tercero, será en principio responsable el Estado o Corporación a cuyo servicio se halle», la jurisprudencia y la doctrina consideran que esta responsabilidad de la Administración está contenida en los límites del artículo 839 del Código civil porque la responsabilidad del Estado y demás entes públicos ha venido a sustituir a la responsabilidad del funcionario definida en dicho artículo, el cual se refiere al funcionario que intencionalmente o por negligencia falte a sus deberes causando daño a tercero.

El Derecho francés también exige una culpa como fundamento de la responsabilidad de la Administración, pero una culpa distinta a la del Có-

digo civil y que se llama culpa del Servicio público. No es una adaptación de las ideas civilistas, sino una concepción original propia del derecho público.

La culpa del Servicio público es anónima y variada y presenta muchos matices.

Es anónima, pues no está ligada necesariamente a la culpa de un funcionario determinado. Basta con poner de manifiesto una mala marcha general y anónima del Servicio; basta con demostrar que el Servicio, en su organización o en su funcionamiento, ha sido defectuoso, y que el daño proviene de estos defectos. *Se juzga al Servicio público, no al funcionario* (4).

La culpa del Servicio es muy variada en matices. No toda la culpa del Servicio engendra automáticamente la responsabilidad. Hace falta un cierto grado de defectuosidad que varía según los servicios, los lugares y las circunstancias. En cada caso, el Consejo de Estado aprecia la culpa «in concreto», según las circunstancias y según la diligencia media que puede exigirse razonablemente al mismo.

El Consejo de Estado ha ido fijando poco a poco los caracteres de la culpa del Servicio público con relación a los hechos susceptibles de constituir culpa del Servicio y al grado de gravedad que debe presentar dicha culpa para dar origen a responsabilidad.

a') *Hechos susceptibles de constituir una culpa del Servicio público.*—Han ido multiplicándose y podemos agruparlos, siguiendo a DUEZ, bajo tres rúbricas que, en cierta medida, corresponden a las etapas del desarrollo cronológico de la culpa del Servicio público: 1.º El Servicio ha funcionado mal. 2.º El Servicio no ha funcionado. 3.º El Servicio ha funcionado, pero tardamente.

b') *El Servicio ha funcionado mal.*—Busquemos algunos ejemplos en la jurisprudencia francesa para mostrar la variedad de casos en que puede aparecer el mal funcionamiento del Servicio público: responsabilidad administrativa en caso de muerte o heridas provocadas por el defectuoso funcionamiento del Servicio de policía (un guarda campestre, al querer matar a un perro rabioso, hiere a una persona); del Servicio de pesas y medidas (mientras se realiza el aferimiento, un trozo de metal salta y

(4) DUEZ (Paul) y DEBEYRE (Guy), *Traité de Droit administratif*, 1952, pág. 421.

hiere en el ojo a uno de los presentes); por accidentes producidos por los vehículos y aviones de la Administración, etc.

c') *El Servicio no ha funcionado.*—Se considera que el ejercicio de la competencia no es un privilegio, sino un deber del funcionario, que tiene la obligación funcional de estar vigilante, *incluso tratándose de competencia discrecional*. Gracias a estas ideas, el Consejo de Estado va a adquirir un cierto derecho de inspección sobre la Administración pública. No podrá mandarle directamente que actúe, pero podrá declararle responsable de las consecuencias de su pasividad, *aun cuando esta inacción no constituya una ilegalidad*, en el sentido^o estricto, por no tratarse de una competencia reglada.

La jurisprudencia dictó sus primeras resoluciones en materia de obras públicas. El Consejo de Estado ha declarado responsable a la Administración cuando el accidente se debe a la falta de una obra pública necesaria o a su conservación defectuosa (falta de parapeto protector en una carretera, falta o insuficiencia de señales en sitios peligrosos, el peatón que cae en un hoyo de la calzada cerca de una parada de tranvía, sin que hubiera una protección especial).

Esta responsabilidad se ha extendido a otros servicios (policía, enseñanza, custodia de personas).

d') *El Servicio ha funcionado tardíamente.*—Es la última conquista de la doctrina de la culpa del Servicio público. *La responsabilidad por la lentitud administrativa*. La Administración tiene el deber general de ser diligente, y la falta de un cierto grado de diligencia administrativa será sancionada con la responsabilidad. La idea es muy interesante. El Consejo de Estado afirma así un control sobre la actividad administrativa. Incluso cuando la Administración no está obligada por la Ley a actuar dentro de plazos fijos; el Consejo de Estado proclama su facultad de *censurar* la inercia de la Administración y de sacar la consecuencia lógica en el terreno de la responsabilidad.

La Administración puede ser declarada responsable por lentitud excesiva. Así resulta de la jurisprudencia: retraso en el licenciamiento por la Autoridad militar de un joven alistado irregularmente (un minero se había alistado en la Legión Extranjera con nombre falso, sin consentimiento paterno). El alistamiento era nulo. Comprobada la irregularidad, la

Autoridad militar tardó dos meses en contestar a la instancia del padre. Entre tanto, el muchacho había muerto en un combate.

Retraso en el traslado de una reclamación (un perro cogido por los laceros es reclamado por el propietario. El traslado al Servicio competente fué tan lento, que el perro fué muerto antes de que la reclamación llegara a los encargados del depósito de perros).

e') *Grado de gravedad de la culpa para dar origen a la responsabilidad de la Administración.*—No toda la culpa del Servicio público produce automáticamente la responsabilidad de la Administración. *Es preciso un cierto grado de gravedad de la culpa.* Es cuestión de apreciación *in concreto* en cada caso.

En esta parte hay que distinguir los hechos materiales y los actos jurídicos.

Cuando se trata del funcionamiento material del Servicio, el Consejo de Estado, al apreciar las negligencias, errores, omisiones o retrasos, tiene en cuenta una serie de factores: circunstancias de *tiempo* (guerra, epidemias, calamidades públicas); de *lugar* (la metrópoli o las colonias); *las cargas del servicio y los recursos de que dispone; situación de la víctima respecto del servicio* (terceros o usuarios, utilización voluntaria o forzosa del servicio, a título gratuito u oneroso, culpa de la víctima); *naturaleza del Servicio público autor del daño.* Para ciertos servicios, el Consejo de Estado se muestra más exigente, hablando de culpa grave; por ejemplo: el servicio de policía administrativa, que tiende a asegurar el mantenimiento del orden público con medidas preventivas y, en su caso, con el empleo de la fuerza. Este servicio atiende a una tarea difícil y delicada, y, en consecuencia, su responsabilidad debe dosificarse con prudencia para evitar que el temor a pleitos pueda enervar el funcionamiento del servicio.

Cuando se trata de *actos jurídicos*, la ilegalidad se traduce evidentemente en una culpa del servicio. El acto ilegal prueba que el servicio ha funcionado mal. Mas no toda ilegalidad genera automáticamente la responsabilidad. *Es precisa una ilegalidad de cierta gravedad.* Ilegalidad y responsabilidad son, pues, dos conceptos autónomos.

De la jurisprudencia pueden extraerse las siguientes reglas:

1.ª *Las ilegalidades graves ocasionan siempre la responsabilidad de la Administración.* Así, la violación de la cosa juzgada, la violación de la ley, la desviación del poder y la incompetencia *rationae materiae.*

2.ª *Las ilegalidades menos graves, esto es, los vicios de procedimiento, la incompetencia rationae personae, no siempre la originan.* En estos casos, la Administración puede reformar el acto ilegal, y en estas condiciones, si el acto es reformado regularmente, el particular no sufrirá, en definitiva, el daño. Además, puede ocurrir que el acto ilegal en la forma, sea legal en el fondo.

3.—*Daños causados en el ejercicio de la potestad discrecional.*

Del examen de la jurisprudencia francesa resulta que la Administración puede estar sujeta a responsabilidad en el ejercicio de la potestad discrecional.

A igual conclusión se llega estudiando la jurisprudencia italiana. El fundamento de la responsabilidad está en la violación del principio *neminem laedere*, que limita a la potestad discrecional.

Hay sentencias muy interesantes. Así, las de 11 de julio de 1950 y febrero de 1951. Según ellas, aunque la organización de un servicio público entra dentro de la esfera discrecional de la Administración activa, nada impide al juez comprobar si el hecho lesivo de un derecho subjetivo privado ha traspasado los límites del Poder ejecutivo, violando en el ejercicio de la función o del servicio normas legales o reglamentarias, o bien aquel *grado de diligencia o de prudencia elemental exigida por el principio del neminem laedere.*

Al investigar acerca del grado de diligencia o prudencia elemental, el juez deberá tener en cuenta las circunstancias especiales del caso.

Hay, pues, una cierta separación entre los dos momentos: *ejercicio del poder discrecional y violación de las normas de la prudencia común*, en las que el particular tiene derecho a confiar.

Es muy interesante la distinción entre discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica, sujeta esta última a la fiscalización de los Tribunales.

Así, el modo de ejecución de una obra pública pertenece a la discrecionalidad técnica (Sentencia 5 abril 1949). El modo de ejecución material de una obra pública escapa a lo discrecional, dice ALESSI, por no plantear cuestiones administrativas, sino meramente técnicas, esto es, cuestiones que deben ser resueltas únicamente a base de los principios

técnicos de la construcción que obligan a la Administración lo mismo que a cualquier constructor privado.

4.—*Imputabilidad.*

Un elemento esencial de la responsabilidad de la Administración es la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño, en cuya virtud éste es imputable a la Administración. Mas ¿cuándo puede imputarse un acto u omisión a la Administración pública?

La Administración, como persona jurídica, tiene que obrar siempre mediante agentes o funcionarios. Ahora bien, el funcionario puede haber obrado dentro de los límites de sus atribuciones o, por el contrario, puede haberlos transgredido. En el primer caso, cuando el funcionario ha actuado dentro de la ley, es indudable que sus actos se imputan a la Administración. En el segundo, los actos ilegales ¿son actos de la Administración, o deben, por el contrario, considerarse como meros actos personales del agente?

Según la doctrina dominante, el criterio que sirve para atribuir o imputar los actos a la Administración es el fin perseguido por el funcionario o agente. El funcionario ha de perseguir un fin público, para que el acto, aun siendo ilegal, pueda reputarse propio de la Administración. Si el funcionario procura su propio interés, no obra como órgano de la propia Administración, pues asocia a sus funciones un elemento personal extraño a los fines públicos. Entonces, como decía LAFERRIERE, aparece no el funcionario, sino el hombre con sus debilidades y sus pasiones. Este es también el criterio de la jurisprudencia francesa e italiana. No hay responsabilidad directa cuando el funcionario obra como persona particular, realizando actos del todo extraños a los fines de la Administración pública. El dolo rompe el nexo causal. Por eso no son imputables a la Administración los actos ilícitos realizados con dolo por los funcionarios, aunque estén relacionados con el ejercicio de sus funciones.

En cambio, como caso curioso de imputabilidad, pondré el vigente ejemplo de la jurisprudencia italiana. A un proveedor habitual de un cuartel, que estaba aterido por el trabajo de descargar el carbón, un carabinero lo ofreció por error, en vez de vino, fenol, que servía para la desinfección y que estaba en un frasco que se guardaba en la cámara de seguridad donde también se conservaba el vino. El desgraciado proveedor

bebió un vaso del veneno y murió. El Tribunal de Casación, en sentencia de 8 de junio de 1951, reconoció la responsabilidad de la Administración declarando que en ésta no sólo entran los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de actividades encaminadas directamente a un fin público, sino también los daños causados en el ejercicio de actividades conexas, aunque sean de carácter instrumental (desinfección y abastecimientos del cuartel en el caso en cuestión). Como lo que causó el daño fué el ofrecimiento hecho por el carabinero, sin saberlo (acto no doloso), hay que inferir de esta sentencia que es suficiente, a efectos de la responsabilidad, *una relación meramente ocasional* de la acción u omisión del funcionario con el servicio.

Mas la verdad es que en la práctica es muy difícil determinar si el funcionario ha obrado en interés propio y a menudo no aparece clara y manifiesta la oposición entre la utilidad personal del funcionario y la de la Administración.

Por ello es muy acertada la posición de JÈZE. ¿Qué imposibilidad lógica o teórica hay para que la Administración asuma la responsabilidad por todas las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desarrollo de los servicios públicos?

Es muy razonable este punto de vista. La Administración debe incurrir en responsabilidad siempre que un funcionario, en el ejercicio de su cargo, cause un daño. Aconsejan esta solución dos razones:

1.ª La culpa personal es más grave que la culpa de servicio, y, no obstante, el individuo, víctima de una culpa personal, tendrá menos probabilidades de conseguir la reparación del daño, pues si *Fiscus semper solvendo est*, no ocurre lo mismo al funcionario. 2.ª El perjudicado ha sido puesto en relación con el funcionario culpable por el mecanismo del Servicio público; éste ha condicionado el daño, luego debe responder de él.

5.—*La responsabilidad de la Administración y la responsabilidad personal del funcionario.*

Los ordenamientos jurídicos más progresivos, aun distinguiendo los casos en que la Administración responde directamente de los actos ilegales

(5) JÈZE, «Revue du Droit Public», 1914, págs. 172 y ss.; *ibidem*, 1926, pág. 425.

les o culposos de sus funcionarios, de aquellos en que existe una culpa personal, un acto personal de éstos, tiende, sin embargo, en beneficio de los particulares perjudicados, a reconocer una responsabilidad solidaria de la Administración pública, de suerte que el particular pueda dirigirse a la Administración y no sólo con carácter subsidiario.

Así, el Derecho italiano, o, mejor dicho, su jurisprudencia, admite la responsabilidad de la Administración aun por los actos ilegales de sus funcionarios realizados con miras personales, y que no pueden considerarse, por consiguiente, como actos propios de la Administración. En estos casos, la responsabilidad se llama indirecta, por tratarse no de un hecho propio, sino de tercero; y tiene su apoyo legal en el artículo 2.049 del Código civil, según el cual el jefe de una empresa es responsable de los daños derivados de la misma. Dicha responsabilidad no se funda en la culpa o ilegalidad, sino en una garantía, en la garantía que el que utiliza en su beneficio la actividad de sus dependientes está obligado a prestar por los daños derivados de la actividad de los mismos. Es una responsabilidad objetiva fundada en el principio *ubi commoda ibi et incommoda*. Esta responsabilidad se aplica en los casos en que el funcionario, con miras personales, no para un fin público, ha causado un daño. Se aplica incluso en caso del delito del funcionario. La jurisprudencia distingue los delitos culposos y los dolosos admitiendo la responsabilidad para aquéllos, pero no para los dolosos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés admite también la responsabilidad de la Administración en casos de culpa personal, cuando ésta ha sido cometida en el servicio o con ocasión del servicio, si los medios e instrumentos de la culpa han sido puestos a disposición del culpable por el servicio; si la víctima ha sido puesta en presencia del culpable por efecto del servicio; si, en una palabra, el servicio ha condicionado la realización de la culpa o la producción de sus consecuencias dañosas frente a un individuo determinado.

Es lo que se llama acumulación de responsabilidades. Esta acumulación existe cuando la culpa personal ha sido cometida por el funcionario en el ejercicio de sus funciones, esto es, en el servicio. Mas frecuentemente, el Consejo de Estado la ha admitido incluso cuando la culpa personal ha sido cometida fuera del servicio. Así, en materia de accidentes de automóvil, en el caso de que el vehículo de la Administración ha sido utilizado para fines personales.

Naturalmente, la acumulación de responsabilidad no entraña jamás acumulación de indemnizaciones.

En el Derecho alemán, la Administración pública se reserva el derecho de repetir contra el funcionario culpable si éste ha obrado con dolo o culpa grave.

Se observa, pues, cómo en la evolución del Derecho existe una tendencia a constituir una responsabilidad única de la Administración para cubrir la responsabilidad personal del funcionario. Esta tendencia es muy favorable al perjudicado, pues le permite dirigirse contra el Estado, en la mayoría de los casos, aunque exista una culpa personal. La reserva del derecho a repetir contra el funcionario culpable concilia los dos intereses, el de los particulares, que pueden, en la mayoría de los casos, conseguir la seguridad de la indemnización, y los de la Administración, que puede, en caso de culpa personal, repetir contra el funcionario culpable.

6.—*Responsabilidad de la Administración por daños causados en el ejercicio legal del Poder público.*

La Administración ha de procurar la satisfacción de los intereses públicos; intereses, por ello, superiores y preferentes a los intereses privados. Sucede, pues, con frecuencia que la Administración pública, para alcanzar sus fines, ha de sacrificar no sólo simples intereses privados, sino intereses protegidos jurídicamente, esto es, derechos subjetivos.

En estos casos, en que la Administración pública, con arreglo a la ley y por razones de interés público, sacrifica los derechos de los particulares, se va admitiendo la obligación de indemnizar los daños causados en ciertas condiciones.

Ha dicho con razón SANTI ROMANO que el principio «qui jure suo utitur neminem laedit» no tiene sino una acogida especialísima en el Derecho público, que no coincide con el sentido que recibe en Derecho privado. En éste los derechos son de igual grado y vigor; en el Derecho público, los derechos de los particulares deben ceder, cuando el interés público lo exija, ante los derechos del Estado (6).

A propósito de este sacrificio de los derechos de los particulares, con-

(6) *Diritto amministrativo*, pág. 62.

viene observar, ante todo, que, naturalmente, no todos los derechos pueden ser objeto de sacrificio, aunque sea en interés público.

Hay derechos tan íntimamente ligados a la persona humana, cuyo sacrificio constituiría la negación o anulación de la personalidad humana. Así, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal. Es obvio que el sacrificio de tales derechos sólo es admisible en casos excepcionadísimos; por ejemplo, la guerra, pues la conservación de la persona humana es uno de los fines públicos más eminentes y sólo puede ser superado por el fin de la propia conservación de la comunidad, que sólo rara vez está en peligro.

Hay otros derechos ligados también a la persona humana, pero en grado menor que los anteriores (por ejemplo: la libertad y la dignidad, que, como declara nuestro ordenamiento jurídico, son valores eternos e intangibles), y respecto de los cuales, si no parece admisible un sacrificio total y permanente, en cuanto que significaría un grave detrimento de la personalidad del hombre, es, sin embargo, admisible un sacrificio parcial, esto es, limitado, en cuanto a su duración o extensión. En el primer caso existe más bien una suspensión del derecho; en el segundo, es sacrificado en alguna de sus manifestaciones (por ejemplo: para el derecho de libertad, la prohibición de ejercer una determinada industria).

En cambio, son susceptibles de sacrificio verdadero y total los derechos patrimoniales.

El sacrificio puede asumir formas diversas (7). En este punto conviene hacer una observación fundamental. Lo que distingue el sacrificio verdadero y propio, eventualmente indemnizable, de las *limitaciones* del derecho, no indemnizables, es el hecho de que mientras estas últimas se refieren al derecho en abstracto independientemente de su pertenencia en concreto a particulares, el sacrificio, por el contrario, afecta a los derechos particulares en concreto, a los derechos pertenecientes a determinados individuos.

Puede haber formas de sacrificio *total* y *parcial del derecho*. Una primera forma de sacrificio total es la *apropiación forzosa*, por parte de la Administración pública, del bien objeto del derecho (así, las diversas formas de expropiación forzosa); una segunda forma es la *destrucción* de la cosa objeto del derecho (por ejemplo: demolición de edificios, destruc-

(7) ALESSI, ob. cit., págs. 22 y ss.

ción de obras, de plantas, sacrificio de animales, etc., por razones de seguridad o de salud públicas).

El sacrificio *parcial* puede serlo en cuanto a su *duración* (ocupación temporal de inmuebles, requisas militares) y en cuanto a su *extensión* (imposición de servidumbres públicas y, en general, los daños producidos a los bienes de propiedad privada como consecuencia de la construcción y conservación de obras públicas).

Unas veces, las más, el sacrificio de un derecho está legitimado por una norma que puede prever directamente el sacrificio (requisas, sacrificio de animales, etc.), o puede legitimarlo de un modo indirecto al autorizar la actividad administrativa de la que derivan daños para los particulares (construcción de obras públicas, obras de urbanización, servicios sanitarios, etc.).

A veces, el sacrificio del derecho está justificado por la absoluta necesidad pública, por la urgencia, esto es, por el estado de necesidad, por el derecho de defensa que tiene el Estado.

En muchos casos, las disposiciones legales, al prever el sacrificio del derecho, establecen al mismo tiempo la obligación de indemnizar el daño consiguiente al titular del derecho (así, la ley de expropiación, el reglamento de epizootias, la ley de aguas, etc.).

Hoy, la doctrina y la jurisprudencia de los países tienden a reconocer el derecho a la indemnización, incluso en los casos en que falte disposición legal que lo reconozca expresamente.

Para justificar el derecho a la indemnización, tanto en el caso de existir normas legales que lo concedan, como en el de silencio del legislador, la doctrina acude a diversos principios jurídicos: el enriquecimiento sin causa, la igualdad ante las cargas públicas, el sacrificio especial, el riesgo social.

En aquellos casos en que la Administración apropia o utiliza cosas de los particulares (expropiación, ocupación temporal, requisas, etc.) habrá un *enriquecimiento injusto* si no hubiere indemnización. Este principio, como se ve, tiene alcance limitado, se refiere sólo a la incautación de bienes.

Para unos autores, la obligación de indemnizar se funda en la *igualdad ante las cargas públicas*. Los particulares no deben soportar, los unos más que los otros, las cargas impuestas en interés de todos. La justicia distributiva exige el reparto por igual entre todos los ciudadanos de la carga

derivada de una actividad realizada en interés público; de donde resulta que los perjuicios *excepcionales* deben ser sufridos por todos aquellos en cuyo beneficio ha actuado el Poder público.

La doctrina del *sacrificio especial es analoga*. Cuando la Administración pública causa un perjuicio material a un particular, imponiéndole una carga desigual, la equidad y la justicia exigen una compensación que debe realizarse mediante una indemnización pagada por la caja común, generalizándose así el sacrificio especial.

La doctrina del *riesgo social* tiene aún mayor importancia, pues es aplicable no sólo a los daños causados por la actividad legal de la Administración pública, por el funcionamiento normal de los Servicios públicos, sino también a aquellos de que nos ocuparemos después, en que los daños han sido producidos por el funcionamiento *anormal* de los servicios públicos y en los que no puede decirse que la lesión del derecho es un sacrificio del mismo hecho por la Administración en aras del interés público y con arreglo a derecho, esto es, un sacrificio legítimo. Y aquí es donde se muestra cómo la responsabilidad de la Administración va ganando terreno cada vez más. Y no sólo por principios jurídicos políticos derivados de la moderna concepción del Estado como Estado de Derecho. Son la misma realidad social, las corrientes de la opinión pública, las que imponen estas exigencias, demostrando, una vez más, como dijo un ilustre jurista, que el derecho es la vida.

La característica de los tiempos modernos es la creciente intervención del Estado en la vida social, que se manifiesta como un hecho fatal en todos los países, cualquiera que sea su régimen político. Ya no se trata sólo de las funciones del Estado que hasta ahora habían sido consideradas como las clásicas y permanentes (mantenimiento del orden jurídico, defensa contra el enemigo interior y exterior), sino de otras muchas que habían sido consideradas por la doctrina liberal e individualista como ajenas a la actividad estatal.

No es esta la ocasión de plantearse el problema de la extensión que deba darse a la intervención del Estado en los fines sociales. Sería pueril poner en duda la conveniencia y legitimidad de tal acción frente a la realidad y tendencia de los hechos; como ha dicho WAUTRAIN CAVAGNARI, sería aventurado creer que esta especie de *actio finium regundorum*, que tantos siglos lleva pendiente de juicio entre el Estado y los particulares, deba terminar algún día con una sentencia definitiva. Serán las condicio-

nes sociales, siempre cambiantes, las que aconsejen la prudencia de los órganos del Estado definidores de la política. Se comprende que el Estado se interese por el fomento físico, intelectual, moral y material del pueblo, porque así aumentará su propia fuerza y vitalidad. Pero, además, y podríamos añadir sobre todo, son razones de *justicia social* las que han llevado al Estado a intervenir en el plano de lo social y de lo económico.

El Estado, para prestar todos esos servicios reclamados por la vida moderna, por el deber de poner al alcance de todos los ciudadanos las ventajas y comodidades del progreso, y por la obligación de implantar la justicia social, utiliza fundamentalmente los medios de diversa índole que le proporciona la Administración.

En atención, precisamente, a esos servicios que presta el Estado, los modernos autores norteamericanos llaman al Estado contemporáneo *Estado de Servicio*.

El estado tiene cada vez más poder. La existencia del individuo está cada vez más sujeta al Estado y depende cada día más de él. Como contrapartida, el individuo necesita cada vez más de *protección jurídica*.

El empleo de denominación tan expresiva como Estado de Servicio podría inducir a algunos a pensar que ha dejado de ser conveniente y adecuada la expresión de Estado de Derecho para calificar al Estado moderno. Tal conclusión sería errónea. El Estado moderno de los países civilizados es ambas cosas: Estado de Servicio y Estado de Derecho. Son dos aspectos del mismo o, si se quiere, el anverso y el reverso de la misma medalla. El Estado presta cada vez más servicios al público, pero lo hace dentro del Derecho. El Derecho es el cauce por donde discurre la actividad administrativa.

Mas con ello aumenta la fuerza del Estado; sus actividades sobrepasan en importancia las de los simples particulares, y, por tanto, los perjuicios que puede causar a terceros son más graves e incluso, a veces, desconocidos en el Derecho civil.

Es un hecho característico de la vida moderna el que los riesgos se suceden con una intensidad hasta ahora desconocida; que el particular está sujeto a dichos peligros mucho más que antes, que no puede eludirlos y que no puede protegerse contra ellos. El principio de culpa es impropio para la reparación de los daños.

También la Administración crea tales situaciones excepcionales de peligro, a las que nadie puede sustraerse y en las que no hay defensa para

el particular. Este sufre daños. La Administración no puede evitarlos, no puede dejar de actuar, y, sin embargo, está más cerca de la causa del daño que la víctima. Si la actividad de la Administración se realiza en beneficio de la colectividad, no es sólo equitativo, sino también justo, en el sentido de la justicia distributiva, que la víctima sea indemnizada por la colectividad.

Existe otro factor, también muy importante y que se refiere a la evolución del concepto mismo del Estado: ya en el año 1931, SAVATIER, en un trabajo titulado *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels*, hacía notar que todo el derecho relativo a la responsabilidad estaba en plena transformación y presentaba como uno de los principios que de manera más o menos consciente dominaban en la legislación y en la jurisprudencia el de que «todo daño sufrido accidentalmente por un individuo o grupo de individuos debe, en una sociedad bien organizada, hallar una reparación segura» (8).

Esta evolución tiene como origen, especialmente, el hecho de que la opinión se ha familiarizado, por el prodigioso desarrollo del seguro, con la idea de la división o reparto de los riesgos. Se aspira a cargar sobre el Estado la reparación de los daños, a establecer un seguro general a costa del Estado.

Estas ideas han influido bastante en la extensión de la responsabilidad de la Administración.

a) *Derecho francés*.—Así, en Francia, donde la responsabilidad de la Administración se desenvuelve a título principal dentro del marco jurídico de la culpa del Servicio público, donde ésta es el principio básico, sin embargo, el Consejo de Estado ha construido, a título secundario, junto a la doctrina de la culpa del Servicio, una doctrina de la responsabilidad por riesgo administrativo que se desarrolla audazmente en diversas direcciones que se van multiplicando.

Para casos en que la *equidad* exige la reparación del daño causado y en la que la doctrina de la culpa del Servicio público es *técnicamente insuficiente* para justificar la indemnización, el Consejo de Estado utiliza el sistema de la responsabilidad por riesgo.

Este sistema prescinde tanto de la culpa del Servicio público como de

(8) Citado por W35)fl1, *Manel élémentaire de Droit administratif*, 2.^a ed., 1929, pág. 652.

la culpa de un funcionario determinado. Para admitir la responsabilidad no hay ya que referirse al hecho de saber si el servicio ha funcionado bien o mal; la víctima no tendrá que probarlo. A la inversa, la Administración no podrá eludir la responsabilidad probando que no tiene culpa. En consecuencia, basta con demostrar el lazo de causalidad entre la acción administrativa y el daño sufrido, y que el daño presenta *ciertos caracteres intrínsecos*. El sistema tiene grandes ventajas para la víctima del daño, pues no tiene ya que discutir ni la existencia de la culpa del servicio ni el grado de gravedad que presenta dicha culpa.

Para poner un límite a la extensión indefinida de la responsabilidad de la Administración, el Consejo de Estado exige que el daño reúna determinados caracteres: ha de ser *cierto, directo, especial y anormal*.

No se indemnizan los perjuicios generales que alcanzan o pueden alcanzar a todos los particulares, ni aquellos que tienen la naturaleza y gravedad de los peligros a que está uno expuesto normalmente en la vida en sociedad.

Al exigir la especialidad y la anormalidad del daño, el Consejo de Estado se resiste a la idea de socialización integral de los daños derivados de la actividad administrativa.

La primera aplicación de la doctrina del riesgo en Francia fué en materia de obras públicas para proteger a la propiedad privada contra los daños permanentes derivados de las obras públicas. En estos casos, muchas veces los daños son causados por el funcionamiento regular del Servicio público.

El arrêt Couitéas de 1923 señala un nuevo rumbo. Un colono establecido en Túnez pidió al Consejo de Estado la indemnización del perjuicio producido por la negativa persistente de la Administración a auxiliarle en la ejecución de una sentencia firme dictada por los Tribunales civiles contra varios centenares de árabes que habían ocupado sin justo título tierras de su propiedad. El Consejo de Estado, en su resolución, subraya que no puede reprocharse ninguna culpa a la Administración. El Gobierno usó de sus poderes para el mantenimiento del orden y de la seguridad pública. El Gobierno tiene el derecho de examinar las condiciones de ejecución de una sentencia firme y el derecho de rehusar el auxilio de la fuerza armada, si estima que hay peligro para el orden y la seguridad pública. Sin embargo, el Consejo de Estado concedió la indemnización porque la *equidad* y el *principio de la igualdad ante las cargas públicas*

exigen que el particular sacrificado a la paz del protectorado sea indemnizado del daño causado sin culpa, pero *anormal*: *anormal* en su causa, aunque sea lícita, pues la negativa a la ejecución de las sentencias es excepcional.

El Consejo de Estado ha reconocido también la obligación de indemnizar en los casos de negativa a la ejecución de sentencias de expulsión de los obreros huelguistas que ocupaban una fábrica.

Si la negativa a prestar auxilio de la fuerza pública a ejecutar una sentencia judicial no se justificase por motivos de administración pública, entonces la Administración pública sería responsable, pero por culpa grave.

b) *Derecho italiano*.—En la legislación italiana, muchas leyes especiales reconocen el deber de indemnizar los daños causados a terceros por actos legales (así, en materia de expropiación, de ocupación temporal, de requisas, de rescate de concesiones, de sacrificios de animales enfermos, etcétera).

El artículo 46 de la Ley de Expropiación contiene un principio más general. Reconoce el derecho a indemnización a los propietarios de fincas que, por la ejecución de obras de utilidad pública, sean gravados con *servidumbres* o sufran un daño permanente derivado de la *pérdida o disminución de un derecho*.

La doctrina considera que existe un principio aún más general establecido en el artículo 42 de la Constitución y en el 832 del Código civil, a saber: la inviolabilidad de la propiedad, que sólo puede cederse en todo o en parte mediante justa indemnización. Este principio de la inviolabilidad de la propiedad o de la intangibilidad del patrimonio (ALESSI) se funda en la justicia distributiva y, en casos particulares, en el enriquecimiento sin causa.

Para apreciar tal responsabilidad, el juez no tiene que indagar la culpa del autor del daño. Basta con investigar el nexo causal entre el modo de ejecutar la obra pública y el daño permanente derivado de ella o la violación de un derecho de los propietarios de inmuebles vecinos a la finca en que se ha ejecutado la obra. Se trata de una responsabilidad objetiva por actos legales de la Administración pública (Sentencia 5 abril 1949).

El daño ha de ser *especial* (no una limitación abstracta del derecho), *material*, *no transitorio*, *anormal*, y ha de tratarse de la *lesión de un derecho* y no de un interés simple o legítimo.

En la legislación italiana falta un precepto legal que reconozca con carácter general la responsabilidad de la Administración por actos legales. En cambio, figura en el artículo 69 del anteproyecto de la Ley general de la Administración pública redactado por la Comisión para la reforma de la Administración, que declara que «cuando un acto de la Administración pública origine la privación o la limitación de derechos o la imposición de servidumbres a cargo de un particular, y la facultad de disponer la privación o gravamen no derive de la ley con carácter general, el particular tiene derecho a una indemnización».

c) *Derecho alemán*.—No existe una regulación general de esta materia en el derecho positivo. Pero, aparte de su reconocimiento en algunas leyes especiales, la jurisprudencia aplica en este punto la doctrina del sacrificio especial, derivada del respeto a la propiedad privada, establecido en el artículo 14 de la ley fundamental de Bonn, y en los artículos 74 y 75 del derecho general prusiano, que rezan así: «Los derechos particulares de los miembros del Estado tienen que supeditarse a los derechos y deberes dirigidos al fomento del bien común, cuando exista oposición entre unos y otros. El Estado queda obligado a indemnizar a aquel cuyos derechos particulares sea necesario sacrificar en beneficio de la comunidad.»

No da lugar a indemnización cualquier lesión de derecho; es preciso que el Estado se vea obligado a sacrificar un derecho que entre en colisión con el bien común y que el titular del derecho sufra un daño que represente un sacrificio especial que él rinda a la colectividad. El daño ha de ser *especial y material*, esto es, evaluable en dinero.

Este principio jurídico se considera como un derecho *consuetudinario*, arraigado en la conciencia jurídica del pueblo y admitido unánimemente por la doctrina científica. El Tribunal del Reich, en jurisprudencia constante, estima los artículos 74 y 75 del Derecho general prusiano como de general aplicación en todo el territorio nacional.

7.—*Responsabilidad por riesgo.*

Hay casos, en que los daños producidos a consecuencia de la actividad administrativo no pueden ser indemnizados aplicando los dos sistemas anteriores de responsabilidad, por no existir ejecución de acuerdos ilegales ni

hechos culposos de agentes de la Administración, ni colisión de derechos de la Administración con derechos de los particulares, sino simplemente daños excepcionales derivados de los peligros o riesgos que ocasiona la actividad administrativa. Por ejemplo: la explosión de un polvorín o de un buque de guerra, la herida sufrida por un transeúnte a consecuencia de la explosión de un depósito de gas del Ayuntamiento, etc.

En estos casos, razones de equidad exigen la indemnización de los daños sufridos por los perjudicados.

El Consejo de Estado francés aplica en estos casos la doctrina del riesgo administrativo: explosión del puente de la Double Couronne, en los alrededores de París, causando daños en los inmuebles vecinos; muerte de un marinero de un barco por la explosión de un crucero que estaba próximo; daños producidos por las conducciones de gas y electricidad. Trátase de riesgos excepcionales debidos a la *vecindad peligrosa* de cosas, bienes u obras de la Administración.

Se ha aplicado también al *funcionamiento de los servicios públicos* cuya actividad y medios son peligrosos para terceros. Por ejemplo: el servicio de policía. Dos resoluciones de 1949 declaran: Si en principio el servicio de policía sólo puede ser responsable de los daños imputables a una culpa grave cometida por los agentes en el ejercicio de sus funciones, la Administración incurre en responsabilidad, incluso en ausencia de tal culpa, en los casos en que el personal de la policía hace uso de armas o instrumentos que implican riesgos excepcionales para las personas y los bienes y en que los daños sufridos en tales circunstancias exceden, *por su gravedad, de las cargas* que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulten de la existencia de este servicio público.

Con la doctrina del riesgo, la responsabilidad se aplica incluso a los daños producidos por *caso fortuito*.

El caso fortuito significa que el accidente que ha causado el daño resulte de una *causa desconocida*. Por tanto, el accidente no podía ni preverse ni evitarse. Para HAURIUO, el caso fortuito, en realidad, no es más que una culpa de servicio que se desconoce. La causa del accidente es desconocida porque la técnica industrial y científica, en su estado actual, es impotente para revelarla; pero este carácter desconocido es provisional y llegará el día en que, gracias a los descubrimientos científicos, se hará la luz acerca de las causas de tal accidente.

El caso fortuito se refiere a *eventos internos* al servicio; se refiere al funcionamiento mismo de la empresa o servicio; por ejemplo: en una fábrica, es la explosión de una caldera; en una mina, la inflamación del grisú.

Debe distinguirse de la *fuerza mayor*; ésta supone un accidente *cuya causa es conocida*, pero es irresistible, excede del poder de resistencia de los medios humanos; proviene además de una *fuerza externa* (de la naturaleza o del Estado) que no puede ser dominada. La fuerza mayor, dice HAURIOU, es, como el caso fortuito, un fenómeno *imprevisto*, pero es extraña a la empresa o servicio; por ejemplo: *un terremoto, una inundación, una guerra civil, una invasión extranjera*.

La distinción del caso fortuito y de la fuerza mayor apenas tiene interés práctico en un sistema de responsabilidad fundado en la idea de culpa, porque ni el caso fortuito ni la fuerza mayor pueden, como es lógico, imputarse al autor aparente del daño.

En cambio, la distinción tiene un gran interés práctico en la responsabilidad por riesgo, porque si la fuerza mayor es causa de exoneración, no sucede igual con el caso fortuito. La fuerza mayor es externa al hecho dañoso. No puede establecerse una relación de causalidad entre el hecho y el daño. En cambio, en el caso fortuito, se ignora la causa del daño, pero no puede destruirse la relación de causalidad aparente entre el hecho perjudicial y el daño.

En Alemania, la doctrina reciente (FORSTHOFF) propugna la obligación de indemnizar cuando el daño ha sido condicionado por una situación de peligro excepcional creada por la Administración (9).

Si la actividad de la Administración se realiza en beneficio de la colectividad, no sólo es equitativo, sino también justo, conforme a la justicia distributiva, que la víctima sea indemnizada. La indemnización comprende tanto los daños corporales como los materiales. La doctrina del sacrificio especial puede servir para justificar la indemnización.

La jurisprudencia tiende a este fin, pero en algunos casos, como no puede aplicar la doctrina del sacrificio especial porque los artículos 74 y 75 del Derecho general prusiano exigen una colisión de derechos entre el particular y el Estado, que no se da en estos casos, ha tenido que acudir a complicadas construcciones jurídicas para justificar la indemnización. Así, un

(9) FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, tomo I, 2.^a ed., pág. 274.

agente de policía ordena a un particular que custodie a un detenido durante un corto tiempo, mientras va a hablar por teléfono con la Comisaría. Entre tanto, el particular es muerto por el detenido. Los huérfanos piden una indemnización. Como no sirve la doctrina de la responsabilidad por culpa ni la del sacrificio especial, se constituye como primer medio auxiliar una relación contractual: si el agente de policía requiere la ayuda del particular y éste acepta, se establece una relación de mandato entre el particular y el organismo a que sirve el policía. Como se trata de la ejecución de un acto de Poder público, la relación de mandato es de Derecho público, de manera que los artículos del Código civil sólo pueden aplicarse por analogía. Pero entonces surge otra dificultad. Según el Código civil, el mandato responde de los daños que puedan ocurrir casualmente al mandatario, pero sólo frente a éste y no frente a sus familiares. Para no desestimar la demanda, hubo que imaginar y admitir otro contrato, el de garantía tácita en el mandato. Según el Tribunal del Reich, el muerto, conforme a la experiencia de la vida, no hubiera asumido el mandato sin haber asegurado a su familia contra el riesgo de un daño.

FORSTHOFF se pregunta por qué el Tribunal del Reich, que podía haber resuelto el problema con la única solución posible, la del sacrificio especial, se cerró el camino y acudió a difíciles rodeos llenos de hipótesis y de ficciones, y concluye: son casos de esta naturaleza los que dan ocasión a la jurisprudencia para aplicar y revisar la doctrina del sacrificio especial (10).

8.—*Posibilidad de hallar un fundamento unico en las diversas clases de responsabilidad de la Administración.*

¿No sería posible encontrar un fundamento doctrinal y de *lege ferenda* único para todos los casos de responsabilidad de la Administración pública por los daños causados en el funcionamiento de los servicios públicos?

Como acabamos de ver, la Administración pública puede causar daños, lesionando los derechos de los particulares, por actos ilegales, por actos legales y por los riesgos y peligros excepcionales creados por la propia Administración.

En unos o en otros casos encontramos siempre actos jurídicos u opera-

(10) Ob. cit., pág. 277.

ciones materiales realizados por sus funcionarios o agentes, o hechos acaecidos durante el funcionamiento del servicio, y unos daños derivados de los actos u omisiones de los funcionarios o del funcionamiento del servicio.

Razones de equidad, de justicia distributiva, de seguridad social, me atrevería a decir si no estuviera acuñada esta palabra para otros fines, reclaman la indemnización de los daños sufridos por los particulares a causa del desarrollo de la actividad administrativa.

No hay por qué acudir a la idea de culpa. *La responsabilidad debe ser objetiva*. Para tener derecho a una indemnización, el particular perjudicado no tiene por qué alegar ni probar una culpa, sino demostrar tan sólo el *lazo de causalidad* existente entre la acción administrativa y el daño sufrido, y que éste presenta *ciertos caracteres*.

En efecto, los actos de la Administración tienen por finalidad satisfacer las necesidades comunes, aumentar el bienestar general. No obstante, en la práctica, las diversas manifestaciones de la actividad del Poder público favorecen o perjudican de manera desigual a los individuos, y estos daños o provechos desiguales obligarían al Estado, si la aplicación del principio fuese absoluta y no se le pusiesen limitaciones, a restablecer de continuo el equilibrio roto y a abonar indemnizaciones, con grave detrimento de la Hacienda pública.

Esas limitaciones nacen de los caracteres que ha de reunir el daño para ser indemnizable. El daño ha de ser *individualizado, evaluable en dinero y anormal*.

Tratándose de actos ilegales, su misma ilegalidad implica, en principio, la anormalidad del daño. En todos los demás casos, será necesario demostrar la anormalidad del perjuicio.

La doctrina de la responsabilidad, dice WELTER, está dominada por el principio general que funda la seguridad de las relaciones jurídicas en la confianza necesaria que debe presidir las relaciones de la vida social. En una cierta medida, variable según las circunstancias, el particular debe esperar que la Administración actúe de manera que no entorpezca la satisfacción de sus legítimas necesidades ni lesione su patrimonio. En la medida que esta esperanza razonable sea defraudada, la equidad exige la obligación de indemnizar los daños, aun fuera de toda culpa de la Administración (11). De otra parte, la Administración tiene derecho a contar

(11) WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1920, páginas 390 y ss.

con que los particulares acepten ciertas molestias inherentes al funcionamiento de los servicios públicos y que debían ser consideradas como servidumbres sociales, pues, como dice FEUGEY, son cargas que deben soportarse indistintamente por todos los individuos, hoy por uno, mañana por otro (12).

Frente a la *responsabilidad objetiva* y directa de la Administración, se han opuesto dos *inconvenientes*: 1.º *El interés de la Administración*. La responsabilidad de la Administración, si se extiende mucho, constituirá un freno muy fuerte para la actividad y libertad de la Administración. ¿No conducirá a una abstención perjudicial de la Administración? No hay que exagerar, dice DUEZ. El temor de la Administración a una cierta responsabilidad puede ser también el comienzo de la sabiduría. Gracias a ella, la acción administrativa podrá llegar a ser menos impulsiva, más reflexiva, más correcta.

2.º *La eliminación de la idea de culpa* induce a la *desaparición de la responsabilidad individual*. En realidad, este inconveniente no debe existir. La Administración como persona moral no puede ni incurrir en culpa ni tener sentido de la responsabilidad. Son sus funcionarios los que incurrir en una culpa que jurídicamente se imputa a la Administración. Son ellos los únicos que pueden tener sentido de la responsabilidad. Si no se quiere embotar éste, conviene que la Administración se reserve el derecho de repetir contra el funcionario culpable y que los Tribunales no admitan fácilmente la ausencia de culpa de los funcionarios, o el carácter leve de la misma, cuando la Administración les reclame el reintegro de las cantidades pagadas como indemnización de los daños que ellos causaron.

9.—*Derecho español.*

En nuestro Derecho, la Ley de Régimen local (texto refundido de 16 de diciembre de 1950), el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales de 17 de mayo de 1952 y la reciente Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 han

(12) FEUGEY (Louis), *Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique en dehors de la matière des travaux publics*, 1927.

introducido innovaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración pública.

No quiere decir esto que faltasen preceptos relativos a la responsabilidad de la Administración. Por lo que toca a la derivada de daños causados en el ejercicio legal del Poder público, podemos recordar algunos. Así, los artículos 156 y 162 de la Ley de Aguas sobre la indemnización de daños causados para precaver o contener inundaciones inminentes y en casos urgentes de incendio o de otra calamidad pública. El artículo 84 de la Ley de lo Contencioso-administrativo sobre indemnización de los interesados por el aplazamiento o inexecución de sentencias de los Tribunales Contencioso-administrativos. La Instrucción de Sanidad, por la destrucción o deterioros de objetos cuando lo exija la garantía de la desinfección. La Ley y el Reglamento de epizootias, por el sacrificio de animales atacados de enfermedades infecto-contagiosas.

Algunas disposiciones especiales prevén también la indemnización por la imposición de ciertas servidumbres públicas; por ejemplo: la de paro forzoso de corriente eléctrica, las servidumbres aéreas.

La jurisprudencia gubernativa y la del Tribunal Supremo han reconocido en muchos casos el derecho a indemnizar por los daños derivados de la ejecución de acuerdos ajustadas a la ley, siempre que sufra lesión el derecho de propiedad u otros derechos adquiridos de buena fe.

Así, tres sentencias de los años 1911 y 1912 reconocieron la obligación de indemnizar a los fabricantes de fósforos, cuya industria fué monopolizada por la Hacienda.

Pero sobre todo, en materia de alineación urbana y de policía municipal, son muy numerosas las sentencias que, aun reconociendo la competencia municipal en la materia, establecen la obligación de indemnizar los daños causados a los propietarios que, después de haber edificado ajustándose a la línea que el Ayuntamiento les señaló al autorizar la obra, fueron obligados a separarse de ella en virtud de otro acuerdo que amplió la anchura de la vía pública; los daños causados con las obras de adoquinado de una calle, que, al elevar el nivel de esta, produjeron la acumulación de las aguas pluviales y la inundación consiguiente de una finca; los causados en finca particular por las obras de variación de desagüe de un lavadero, etc.

También se ha admitido el derecho de indemnización por lesión del

derécho de propiedad industrial o de derechos adquiridos de buena fe al amparo de acuerdos ilegales que después fueron revocados.

La jurisprudencia se apoya, como fundamentos jurídicos, en el principio de que quien causa un daño debe repararlo, y en el de que las atribuciones que las leyes confieren a la Administración no pueden extenderse a privar de su propiedad a los particulares ni a imponer servidumbre sin que precedan los requisitos que el Código civil y la Ley de Expropiación establecen.

a) *Responsabilidad por actos ilegales.*—Con relación a la responsabilidad de la Administración por los daños causados en el ejercicio ilegal del Poder público, debemos distinguir entre el Estado y las Corporaciones locales. El único precepto común a uno y a otras es el artículo 22 del Código penal, que, según la jurisprudencia, establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, de los organismos estatales y de todas las Corporaciones de Derecho público por los delitos y faltas en que hubiesen incurrido sus empleados y dependientes o servidores en el desempeño de sus funciones, obligaciones o cometido (S. de 22 noviembre 1947).

El Código de Justicia militar prevé, en su artículo 206, la responsabilidad civil y subsidiaria del Estado por insolvencia del culpable o culpables, pertenecientes al Ejército, y a condición de que la responsabilidad civil derive de delito o falta cometidos en ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentariamente ordenado.

Como es sabido, el artículo 1.902 del Código civil establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

El artículo 1.903 dispone que la obligación del artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propias, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Declara el mismo artículo que el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada.

La jurisprudencia, al aplicar este artículo, ha declarado que el Estado no es responsable de los actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo, pues no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario,

la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general y al de los particulares interesados en su prestación. En cambio, el Estado es responsable cuando obra por mediación de agente especial, porque en este caso cabe presumir en él la culpa o negligencia, que es la base generadora de esta clase de obligaciones.

Según la jurisprudencia, agente especial es el que recibe un mandato o comisión concreta determinada, ajena al ejercicio de su cargo, si es funcionario público, para que en representación del Estado, y obligándole como mandatario suyo, cumpla el encargo que se le confía.

Por virtud de la interpretación tan restrictiva del artículo 1.903 del del Código civil, no se ha dado un solo caso de responsabilidad del Estado por los daños causados por culpa de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos.

De manera que, en nuestro Derecho, cuando el funcionario del Estado obra en el ejercicio de sus funciones, existe solamente la responsabilidad personal del funcionario por los daños que haya causado con culpa o negligencia. Esta responsabilidad está regulada en la Ley de 5 de abril de 1904.

Solamente, que yo recuerde, existe un caso de responsabilidad del Estado por daños causados sin ajustarse a derecho. Es el previsto en el artículo 21 de la Ley de 17 de julio de 1948 sobre conflictos jurisdiccionales. Las autoridades administrativas, en cuanto reciban el oficio en que se les requiera de inhibición, suspenderán el procedimiento hasta la terminación de la contienda. Podrá, no obstante, continuar válidamente el procedimiento administrativo, si el Ministro, a cuyo departamento corresponda conocer el asunto por razón de la materia, así lo acordase en resolución fundada, por estimar que la suspensión puede causar grave perjuicio al interés público. Si la cuestión de competencia se decidiera a favor de la jurisdicción ordinaria, tendrán los interesados derecho a que la Administración les indemnice los perjuicios que les hubiere irrogado el alzamiento de la suspensión del procedimiento administrativo, previa demostración cumplida de la existencia y cuantía de dichos perjuicios.

A mi modo de ver, se trata de un caso de responsabilidad por actuación ilegal, puesto que la decisión del conflicto viene a demostrar que la Administración era incompetente.

Como se echa de ver, nuestro ordenamiento jurídico no puede ser más

deficiente en punto a la responsabilidad del Estado por actos ilícitos. No sólo se aplican ideas civilistas, sino, lo que es aún peor, se hace una aplicación de ellas para negar la responsabilidad del Estado. Hemos visto que la doctrina y el Derecho extranjero, en algunos casos, emplean las instituciones jurídicas de la representación o del mandato y de la responsabilidad civil por culpa *in comittendo* o *omittendo* o *in vigilando*; pero lo hacen precisamente para fundar y admitir la responsabilidad del Estado.

No es, pues, extraño, que el legislador, en el preámbulo de la nueva Ley de Expropiación forzosa, aluda a la oportunidad «de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. Bajo el imperio de criterios jurídico-administrativos, continúa el preámbulo, que habían caducado ya cuando fueron acoplados por nuestro ordenamiento, los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa que lleva consigo una inevitable *secuela accidental de daños residuales* y una constante creación de riesgo se vierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias amparadas por un injustificado privilegio de exoneración.

Es curiosa y atinada esta alusión a los riesgos creados por la propia actividad administrativa.

En relación con estos riesgos, merece recordarse la Ley de 31 de diciembre de 1945, que establece la obligación de indemnizar cuando las Fuerzas militares o de Orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad para el trabajo de alguna persona. Se trata aquí de un caso típico de aplicación de la doctrina del riesgo excepcional, pues es excepcional y anormal el riesgo que puede correr un particular de ser muerto o herido con motivo del restablecimiento de orden público.

También en la jurisprudencia gubernativa o judicial encontramos casos aislados de la aplicación, quizá involuntaria, de la doctrina del riesgo o de la equidad.

Así, la R. O. de 30 de diciembre de 1926 relativa a daños causados en una finca por la caída de un hidroavión de la Aeronáutica naval. En el expediente que se promovió con motivo del suceso, todos los organismos

consultados, incluso el Consejo de Estado, opinaron que faltaba un precepto legal del que resultara la responsabilidad del Estado. «No obstante, declara la R. O., salta a la vista la *injusticia* que entraña que los perjuicios que de modo *fortuito* se causan con deplorable frecuencia a consecuencia del *peligroso servicio de aviación*» recaigan *exclusivamente* sobre la persona que eventualmente lo sufra en sus bienes, pues sería, sin duda, *más equitativo* que tales daños los soportara y sufragara *la colectividad nacional*, o sea el Estado. El fundamento jurídico para indemnizar lo halla dicha R. O. de acuerdo con el Consejo de Estado «en el deber de indemnizar los perjuicios quien recibe el provecho; es decir, el interés público obligado con el interés privado, por razones de *equidad*».

Es indudable que aquí se trata también de un riesgo excepcional provocado, como dice la R. O., por el *peligroso* servicio de aviación.

En la sentencia de 6 de julio de 1917 se declaró la obligación del ramo de Guerra de indemnizar a un Catedrático que tenía establecida una clínica operatoria. En un solar colindante se construyeron unas cuadras para el ramo de Guerra, y produjéronse las emanaciones consiguientes, que alejaron a operados y enfermos de la clínica, obligando a su propietario a clausurarla. Es una aplicación del riesgo anormal por vecindad.

Situación muy distinta ofrece la responsabilidad de las Corporaciones locales por los daños causados por culpas o por ejecución de acuerdos ilegales.

El artículo 1.903 del Código civil prohibió su aplicación al Estado, pero no a las demás entidades públicas. Por eso el Tribunal Supremo ha declarado en muchos casos la responsabilidad civil de los Ayuntamientos invocando los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

La culpa civil es alegada frecuentemente por la jurisprudencia.

Un particular sufrió fracturas y lesiones a causa de una explosión de gas en un de los pozos registros pertenecientes al Ayuntamiento de Madrid. La Sala de lo Civil declaró el carácter culposo del accidente, no caso fortuito, apreciando culpa por omisión en los dependientes del Ayuntamiento, y le declaró responsable del daño, con la consiguiente obligación de indemnizar.

Un Ayuntamiento ocupó indebida y arbitrariamente una propiedad privada. El Tribunal Supremo reconoció la obligación de indemnizar con arreglo al artículo 1.902 del Código civil, es decir, admitió una culpa *in comittendo* del Ayuntamiento.

Otras veces, la jurisprudencia ha prescindido de la culpa civil y ha fundado la obligación de indemnizar en el daño producido por la lesión de un derecho. Así, en materia de indemnización de daños y perjuicios por la demolición de edificios ruinosos que en realidad no lo eran, los Ayuntamientos han sido condenados a indemnizar el valor de las casas derribadas. Las sentencias no aluden a la culpa, sino a la lesión del derecho de propiedad.

La Ley municipal de 1935 estableció el principio de la responsabilidad del Municipio con carácter general en su artículo 209. «Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno, o la de sus funcionarios, en la esfera de las atribuciones respectivas, directa o indirectamente, según los casos.»

Quizá fuera por la falta de reglamentación de la Ley para determinar en qué casos la responsabilidad era directa o indirecta, pero lo cierto es que no halló aplicación.

Tampoco tuvo aplicación el artículo 41 de la Constitución de la República, que reconoció la responsabilidad de la Administración pública con carácter subsidiario por los actos de un funcionario que en el ejercicio de su cargo infringiere sus deberes con perjuicio de tercero.

No se dictó la ley prevista en dicho artículo.

b) *El nuevo Derecho en materia de Administración local.*

Como decía anteriormente, la nueva Ley de Régimen local y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales han introducido cambios sustanciales en la materia.

En primer lugar, se declara la responsabilidad civil, por daños, de las entidades locales, de un modo general, sin distinguir entre actos legales e ilegales.

En efecto, la Ley (art. 405) establece que las entidades locales responderán civilmente en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo 406 de la misma Ley, de los perjuicio y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado.

Como se ve, la Ley no hace ninguna referencia a actos ilegales o cul-

posos, o a actos o hechos legales, sino que se limita a exigir dos condiciones: una, de imputabilidad, esto es, que los perjuicios y daños hayan sido irrogados por la actuación de los órganos de gobierno, funcionarios o agentes de las entidades locales; y otra, que se refiere a los caracteres que han de tener el daño para indemnizarle: efectivo, material e individualizado.

Tampoco el Reglamento distingue la actuación legal o ilegal a efectos de su imputación, sino que se limita también a recalcar los caracteres que debe tener el daño. «Para que proceda la responsabilidad civil, el daño habrá de ser efectivo, material e individualizado, sin que pueda admitirse la obligación de supuestos perjuicios no producidos.»

Nos encontramos, pues, ante un caso de responsabilidad objetiva. Si se han producido daños que reúnan ciertos caracteres y estos daños han sido causados por la actuación de los órganos o agentes de las entidades locales, éstas quedan obligadas a indemnizarlos. No hay más que probar los caracteres del daño y el hecho causal entre éstos y la actuación de las entidades locales.

La Ley lo único que distingue es la clase de responsabilidad civil de las entidades locales, según los casos.

La responsabilidad será *directa* cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, *sin culpa o negligencia graves* imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes (artículo 406, párrafo 2.º).

Y será subsidiaria la responsabilidad de las Entidades locales cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo (art. 409).

Como se ve, la culpa o negligencia graves de las autoridades o funcionarios es lo que convierte en subsidiaria la responsabilidad civil de las entidades locales. La responsabilidad de la Administración local existe siempre, haya o no culpa grave. Pero si existe tal culpa o negligencia, la responsabilidad, entonces, es sólo subsidiaria. Es decir, que el particular para tener derecho a indemnización no tendrá que probar la culpa, leve o grave, de los órganos y dependientes de la Administración local, sino solamente que la actuación de éstos ha tenido lugar en el ejercicio de sus cargos y que ha ocasionado un daño material, efectivo e individualizado.

Ahora bien, el hecho de saber si ha habido o no culpa o negligencia

graves imputables personalmente a las autoridades y funcionarios, tiene gran importancia, porque, de existir la responsabilidad de la Administración, será sólo subsidiaria.

La calificación de la culpa, caso de existir, de grave o leve, es muy difícil hacerla *a priori* para el particular. Sólo los Tribunales pueden hacerlo con valor legal y con pleno conocimiento de causa.

La Ley, mejor dicho, el Reglamento, ofrece el medio jurídico hábil para tal calificación.

El daño sufrido por el particular puede tener su origen en la ejecución de un acto jurídico ilegal o en una simple operación material con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos.

Si se trata de la ejecución de un acto ilegal, el particular puede hacer dos cosas: impugnar primero el acto ilegal, y después, mediante acción separada, pedir la indemnización de daños y perjuicios o, simultáneamente, impugnar el acuerdo y reclamar la compensación de los daños.

Tanto en la acción de daños aislada como en la acción conjunta de impugnación y de daños, serán partes en el proceso la entidad local y las autoridades o funcionarios que hubiesen adoptado la resolución, y la sentencia determinará la entidad o persona responsable, con expresión, en su caso, de la cuantía de la indemnización.

Así, pues, el juez o Tribunal determinará: 1.º Si el daño es imputable, por relación de causa a efecto, a la actuación de los órganos de la entidad local. 2.º Si el daño es efectivo, material e individualizado. 3.º Si ha habido o no culpa o negligencia grave personal. Si la ha habido, declara responsable directo al funcionario culpable, y subsidiariamente a la entidad local.

Si después de ejecutada la sentencia, el particular no hubiera obtenido completo resarcimiento, podrá solicitar del Tribunal que se haga efectiva la responsabilidad subsidiaria de la Administración.

Si los daños han sido producidos por un hecho material o una omisión, naturalmente, no habrá que impugnar ningún acuerdo, puesto que no existe. Habrá que ejercitar solamente la acción de daños contra la entidad local, y si se conoce el funcionario autor del hecho, éste será también parte en el pleito.

Y lo mismo habrá que hacer en el caso de que el daño provenga de la ejecución de un acuerdo legal o de un hecho debido a caso fortuito con ocasión del funcionamiento de un servicio público. Al emplear la Ley la

expresión de *daños producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos*, denota bien a las claras su propósito de indemnizar los daños que reúnan los requisitos legales, háyanse o no ocasionado con culpa o sin culpa, incluso los sobrevenidos por caso fortuito. En cambio, no serán indemnizables los debidos a fuerza mayor, pues éstos tienen su origen en una causa extraña, externa al servicio. Recuérdese lo que decíamos al comienzo de este artículo. Con relación a la responsabilidad civil subsidiaria, interesa hacer algunas consideraciones. Podría creerse que en los casos de culpa o negligencia graves o de infracción legal manifiesta, que el Reglamento califica de culpa grave, el particular, en todo caso, necesita que previamente y por sentencia judicial firme haya sido declarado responsable directo el funcionario o reconocida la infracción legal para que la Administración local le indemnice de los daños y perjuicios en cuanto no haya obtenido del funcionario culpable.

Sin embargo, no es así. La Ley sólo dice que, tratándose de responsabilidad subsidiaria y para ejercer en este caso la acción de daños y perjuicios, será menester que la infracción legal haya sido declarada previamente en sentencia firme.

Observamos, en primer lugar, que se refiere solamente a daños derivados de infracción legal, no a los producidos por hechos materiales culposos; y en segundo término, que se refiere a la acción de daños y perjuicios, esto es, a un recurso ante los Tribunales.

Nada obsta, pues, a que, aun en los casos en que el particular suponga que ha habido infracción legal manifiesta o culpa grave de una autoridad o funcionario, pueda dicho particular dirigirse directamente en vía administrativa a la entidad pidiendo la indemnización de daños y perjuicios y a que ella se los abone.

En efecto, el artículo 410 de la Ley de Régimen local dispone que la Corporación local podrá instruir expediente para la declaración de responsabilidad civil de sus autoridades, funcionarios y dependientes que por *culpa y negligencia graves* hubieren causado daños y perjuicio a la propia Corporación o a *tercero*, si éstos hubieren sido indemnizados por aquélla.

Como se echa de ver, la Corporación puede indemnizar a tercero los daños y perjuicios que les hubiera causado la culpa o negligencia graves de sus órganos y agentes. O, lo que es lo mismo, se prevé que la Adminis-

tración local abone la indemnización de daños directamente a los perjudicados aun en el caso de que sólo sea responsabilidad subsidiaria.

Indudablemente, ésta es una solución muy favorable para conseguir una justa indemnización.

Naturalmente que no es fácil de prever tan generosa conducta por parte de la Administración, pero no serán obstáculos legales los que a ello se opongan.

Las autoridades y funcionarios no quedan desprovistos de garantía, puesto que, aparte de la defensa que pueden hacer de su conducta en el trámite de audiencia del expediente que se les instruya a tal efecto, podrán interponer contra el acuerdo declaratorio de responsabilidad un recurso con efectos suspensivos ante el Tribunal provincial de lo Contencioso-administrativo. Y, en este caso, el Tribunal determinará si hubo o no culpa grave, e incluso, a mi juicio, podrá discutirse si el daño reunía los caracteres de material efectivo e individualizado, pues aunque existiera culpa grave, si el daño no presenta esos caracteres, no podría declararse la responsabilidad de los funcionarios.

a) *Caracteres del daño.*—En primer lugar, la Ley exige que se trate de la lesión de un *derecho*; por consiguiente, los simples intereses, e incluso los intereses legítimos, no están protegidos a efectos de la indemnización.

El daño ha de ser *efectivo*, sin que pueda admitirse, según reiterada jurisprudencia, la alegación de supuestos perjuicios que no se han producido y que, de producirse, serían indemnizables en su día. Así lo establece también el Reglamento.

El daño ha de ser *material*, esto es, evaluable en dinero. El daño moral, el *pretium doloris*, no es indemnizable; como declara la jurisprudencia, no es procedente la indemnización de daños y perjuicios cuando el reclamante no acredita suficientemente la existencia de los mismos ni demuestra con datos exactos o irrecusables la cuantía en que los fija. No puede convertirse el derecho a una indemnización en fuente de riqueza, con daño de la Administración, que está obligada tan sólo al abono de lo justo.

El Reglamento recoge estos principios jurisprudenciales. La Administración sólo estará obligada al abono de lo que sea justo y no procederá la indemnización de daños y perjuicios cuando el reclamante no acredite

su existencia ni demuestre con datos exactos e irrevocables la cuantía en que los fije.

b') *Competencia*.—La determinación del Tribunal competente resulta de la naturaleza del derecho lesionado. Tratándose de derechos administrativos, será competente el Tribunal provincial de lo Contencioso-administrativo; en caso de lesión de derechos civiles, lo será la jurisdicción ordinaria (Ley, art. 407).

Según la jurisprudencia, afectan a los derechos de carácter civil todos los acuerdos que influyen en las condiciones de la propiedad, en la forma de un disfrute y aprovechamiento, así como en los desmerecimientos de su valor (Sentencia 17 diciembre 1902).

Sin embargo, puede ocurrir que haya acuerdos ilegales que en sí mismos no puedan ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria, sino ante la contencioso-administrativa, y que, en cambio, en su ejecución lesionan derechos civiles. En este caso, habría una dualidad de acciones ante jurisdicciones distintas.

Por razones de economía procesal y de unidad de jurisprudencia, dispone el Reglamento que el Tribunal que hubiese conocido en primera o única instancia del recurso interpuesto contra el acto o acuerdo declarado ilegal, será también competente para entender en la demanda de indemnización, y el particular lesionado podrá pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al impugnar la ilegalidad de dicho acto o acuerdo.

c') *Plazo para reclamar*.—Ninguna reclamación contra las entidades locales, a título de daños y perjuicios, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste únicamente durante otro año el ejercicio de la acción judicial ante los Tribunales competentes (Ley, art. 411).

Del texto de la Ley resulta claramente que el particular perjudicado puede prescindir de la vía gubernativa, dejando transcurrir un año, sin reclamar en dicha vía, pues que tiene aún otro año para ejercer la acción ante los Tribunales.

El Reglamento, en su artículo 381, ha suprimido tal interpretación. Los daños y perjuicios han de reclamarse previamente en vía gubernativa, y como esto ha de hacerse durante el primer año, resulta que si no lo hace pierde la acción para reclamar ante los Tribunales durante el otro año siguiente.

Creo que el Reglamento ha ido demasiado lejos, pues priva al particular de una acción que le concede la Ley.

Según la Ley, en caso de responsabilidad subsidiaria de las entidades locales, el plazo para la reclamación comenzará a contarse desde la notificación de la sentencia firme declaratoria de la infracción legal, culpa o negligencia del responsable directo, esto es, de la autoridad o funcionario.

Como hemos visto anteriormente, en la mayoría de los casos el particular, tratándose de daños causados por la ejecución de acuerdos ilegales, al mismo tiempo que impugna la legalidad del acuerdo, pedirá la indemnización de daños y perjuicios. Y en este caso la sentencia declarará, si concurren las circunstancias legales, la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración. Por tanto, en estos casos, que serán los más frecuentes, no jugará el citado precepto legal.

Como hemos visto también, las mismas razones concurren para que, tratándose de daños producidos por hechos u omisiones materiales, el particular pueda dirigirse directamente contra la entidad local, en cuyo caso el Tribunal determinará igualmente si existe responsabilidad de la Administración y, en caso afirmativo, si ésta es directa o subsidiaria.

Por consiguiente, los únicos casos en que, a mi juicio, puede jugar el plazo de un año para ejercitar la acción de responsabilidad subsidiaria a contar desde la notificación de la sentencia firme declaratoria de la infracción legal o de la culpa y negligencia del responsable directo son los siguientes: cuando el particular haya recurrido solamente contra el acuerdo y haya recaído sentencia declarando su ilegalidad, o cuando el perjudicado haya ejercitado la acción de responsabilidad civil contra la autoridad o funcionario causantes del daño y los Tribunales hayan declarado a éstos culpables.

Fijémonos en que la ley, en este punto, no exige que se declare que la infracción legal es *manifiesta* ni que la culpa o negligencia son *graves*. Esta es una cuestión subsiguiente que decidirá el Tribunal al resolver la acción interpuesta por el particular pidiendo daños y perjuicios a la entidad local. Y en ese momento puede muy bien ocurrir que el Tribunal acuerde una de estas dos cosas: la responsabilidad directa de la Administración por estimar que la infracción legal no es manifiesta o que la culpa del funcionario es grave, o la responsabilidad subsidiaria de aquélla.

Si declara lo segundo, el particular queda satisfecho. La Adminis-

tración le abonará lo que no haya podido obtener del funcionario culpable responsable directo. Mas ¿y si declara la responsabilidad directa de la Administración? Puede muy bien ocurrir que mientras interpuso y se instanció el recurso contra el acuerdo ilegal o mientras se tramita la acción de responsabilidad civil contra el funcionario autor del daño y antes de que presentare la reclamación en vía gubernativa, haya transcurrido más de un año, y entonces el Tribunal, a tenor literal de la ley, podría desestimar la demanda, aun reconociendo la responsabilidad directa de la entidad local. Esto sería a todas luces inicuo. Pues resultaría que la ley y la Administración ofrecerían más garantías jurídicas al particular en el caso de culpa grave de los funcionarios que cuando no la hubiera.

Ante estos temores, el particular que haya sufrido un daño deberá en todo caso, y dentro del año siguiente al hecho perjudicial, reclamar daños y perjuicios a la entidad local, pues los Tribunales ya determinarán después si la responsabilidad es directa o subsidiaria.

Creemos por eso que prácticamente nunca se aplicará la responsabilidad civil de las autoridades y funcionarios locales prescrita en el artículo 414 de la Ley de Régimen local y en la Ley de 5 de abril de 1904, pues el particular corre el riesgo de quedarse sin indemnización si no ha habido culpa grave.

Parece, pues, oportuno y justo, declarar que los recursos contra acuerdos de la Administración local o la acción ejercitada personalmente contra las autoridades y funcionarios de la Administración local interrumpen el plazo del año para la reclamación de daños y perjuicios.

El examen de los artículos de la Ley de Régimen local y de su Reglamento plantea un interesante problema. En los casos de responsabilidad por la ejecución de acuerdos ilegales, ¿es necesario, para que pueda prosperar la acción de responsabilidad contra la entidad local, que previamente se haya interpuesto recurso contra el acuerdo dentro del plazo fijado (un mes) y que haya sido declarada la ilegalidad del acuerdo? Ya hemos visto que no es necesario, puesto que el Reglamento permite el ejercicio simultáneo de ambas acciones. Ahora bien, en este caso, ¿la acción conjunta deberá ejercitarse dentro del plazo de un mes fijado para el recurso contra los acuerdos de las entidades locales? Si el particular no está sujeto a dicho plazo, que es el señalado en general para recurrir contra los acuerdos ilegales, resultará que, de un modo indirecto,

a efectos de la indemnización de daños y perjuicios, la legalidad de los actos de la Administración local podrá ser discutida durante un tiempo mayor, esto es, un año a contar desde el hecho dañoso. Es decir, que queda, a juicio del particular, el que un acto de la Administración local pueda ser objeto de discusión durante un año, por lo menos, en vez de durante un mes.

La jurisprudencia francesa sostiene este criterio en la actualidad. Esta solución ofrece al particular dos ventajas procesales: una sola y única instancia en vez de dos, y la posibilidad de recurrir en un plazo mayor.

Nada se opone en la ley a esta interpretación favorable. El Reglamento lo único que hace es prever la posibilidad del ejercicio simultáneo de ambas acciones, la de ilegalidad y la de daños y perjuicios, para aclarar un punto en materia de competencia, pero no deroga ni puede derogar el artículo 411 de la ley, que concede al perjudicado el plazo de un año para reclamar la indemnización de daños y perjuicios.

Peo aunque se estimara que pasado un mes no se puede impugnar la legalidad de un acuerdo de la Administración local, nada hay que impida para que dentro del año siguiente al hecho dañoso el perjudicado reclame la indemnización de los daños y perjuicios y para que el Tribunal, con este motivo, declare la infracción legal y la obligación de indemnizar los daños de ella derivados.

Como dice ALIBERT, en derecho administrativo las nulidades deben considerarse como de orden público y los administrados deberán poder pravelerse de ellas en todo tiempo. Y nosotros debemos añadir con él que si razones mayores de oportunidad han limitado a un mes el plazo para recurrir contra los acuerdos de la Administración local, esta regla debe interpretarse de manera restrictiva, de suerte que cada vez que la cuestión de nulidad se plantea con motivo de una acción de daños y perjuicios, el Tribunal deberá examinar esa cuestión de nulidad.

En resumen, el juicio que merece la legislación de régimen local en materia de responsabilidad de la Administración pública no puede menos de ser muy favorable, dejando a salvo las pequeñas observaciones que hemos hecho y que pueden ser subsanadas por la jurisprudencia.

De manera sobria y exacta se da un fundamento jurídico único a la responsabilidad de la Administración, tanto para los daños derivados del ejercicio ilegal del Poder público como para los producidos por una

actuación legal; tanto para los originados por culpa y negligencia en el funcionamiento de los servicios públicos como para los que tienen su causa en los riesgos y peligros provocados por la actividad administrativa, incluido el caso fortuito y fuera de toda culpa o negligencia.

Con razón dice el preámbulo de la Ley de Expropiación forzosa que la legislación de régimen local ha incorporado en esta materia los criterios más progresivos sugeridos por la legislación comparada y la doctrina científica.

c) *La nueva Ley de Expropiación forzosa.*

Examinemos, finalmente, las interesantes innovaciones que ha introducido la citada Ley de Expropiación forzosa.

Para comprender la finalidad perseguida por el legislador, conviene leer con atención el preámbulo de la Ley. En él se llama la atención sobre la oportunidad que la Ley ofrece y que no debiera malograrse, de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. Los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad de la Administración resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa que lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una *constante creación de riesgos* revierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración. Se ha estimado que ésta es una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede fustigar intereses de la Administración insolidarios con aquél... Se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integren los preceptos jurídicos rectores a este respecto, pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes, en las que cabe apreciar siempre el primer fenómeno de *lesión de un interés patrimonial privado* que, aun *cuando resulte obligado por exigencias del interés o del orden público*, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado... Sobre esta amplia base puede la Admi-

nistración española contar con un instrumento capaz *para que su acción no resulte frenada por la rigidez de concepciones dogmáticas de las relaciones juridico-privadas*, y al propio tiempo para que no quede sin su justa compensación *la lesión acarreada*, siquiera sea *por motivos fundados*, al particular... Los criterios adoptados se inspiran en normas aisladas de nuestra legislación, a la que le falta una formulación explícita del principio de responsabilidad, bien que, por lo demás, no sean numerosas tales normas...

En el artículo 120 «se regula la indemnización por daños producidos a consecuencia de las medidas que las autoridades civiles considerasen imprescindibles por graves razones de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones, etc., con lo que no hace sino dar una *forma sistemática* a preceptos aislados del Reglamento de Epizootias y de la Ley de Aguas, intentando una *generalización más comprensiva*. Debe hacerse una advertencia importante: la previsión contenida en el artículo 121 de indemnizar las lesiones provocadas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de adopción de medidas que, como discrecionales, no sean impugnables en vía contenciosa, no se formula con alcance y términos ilimitados, sino que estrictamente se contraen a las lesiones sobre los bienes y derechos objeto de la Ley de Expropiaciones; en otra forma, no se hace sino extender el principio de la justa indemnización desde la privación jurídica de la propiedad por razón de utilidad pública a la *privación o menoscabo de la misma acaecida de hecho, como inevitable afecto de la acción administrativa*. Ir más allá hubiera sido desbordar los límites técnicos que el objeto impone a una ley de expropiación».

Dél preámbulo resulta, pues, que el propósito del legislador es limitar la responsabilidad de la Administración pública por daños en la siguiente forma:

1.º En cuanto a los *derechos e intereses* protegidos, esto es, indemnizables, lo son los bienes y derechos a que se refiere la Ley de Expropiación. Y el artículo 1.º de la misma comprende como objeto de ella «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de *derechos o intereses patrimoniales legítimos*, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenecen, acordada imperativamente. Quedan, pues, excluidas la libertad individual, la salud, la integridad física, pues no son derechos patrimoniales.

2.º El origen de la lesión ha de consistir, según el preámbulo, en hechos obligados por exigencias del interés o del orden público, en motivos fundados. De otra parte, se declara que los criterios adoptados se inspiran en normas aisladas de nuestra legislación, la de aguas, la de epizootias, que precisamente regulan casos de ejercicio legal del Poder público por razones siempre de interés general, a saber: la seguridad pública, la salud pública. Páarece, pues, que se excluye el daño causado por actos ilegales o culposos. Sin embargo, del texto de la ley no se infiere tal exclusión.

En efecto, según el artículo 121, dará también lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que la ley se refiere, esto es, los patrimoniales, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo.

Nada hay que impida la indemnización de daños producidos por actos ilegales o por hechos culposos.

¿Qué es sino el funcionamiento *anormal* de los servicios públicos? Lo anormal es lo que está fuera de la norma. Según el Diccionario de la Lengua Española, anormal es lo que accidentalmente se halla fuera de su natural estado o de las condiciones que le son inherentes. Así, pues, será funcionamiento anormal de un servicio público el realizado fuera de las normas jurídicas (ilegalidad) o de las normas habituales de previsión y prudencia (culpa o negligencia de los funcionarios) o incluso el caso fortuito.

Además, prevé la ley que con motivo de tales lesiones e indemnizaciones la Administración puede exigir responsabilidades a sus funcionarios, luego prevé un funcionamiento ilegal o culposo. Porque ¿cómo puede exigirse responsabilidad a un funcionario sino por haber obrado ilegalmente o con culpa o negligencia?

Es digna de elogio la indemnización de daños causados en el ejercicio de la potestad discrecional. Con esta declaración, el legislador zanja de manera tajante las cuestiones y dudas que había suscitado el artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso-administrativo. Este artículo incluía dentro de la potestad discrecional, entre otras, las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden pú-

blico y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a *que puedan dar lugar tales disposiciones*. La doctrina discutía la existencia del derecho a la indemnización en el caso de que la Administración no lo reconociera expresamente en las disposiciones que declara en el ejercicio de la potestad discrecional. Hoy día, con arreglo al artículo 121 de la Ley de Expropiación forzosa, es indiscutible tal derecho siempre que se hayan causado daños patrimoniales.

Por cierto que este precepto plantea otra cuestión muy interesante, a saber: la relativa a la indemnización de los daños causados por los actos políticos del Gobierno. A mi juicio, debe resolverse afirmativamente. El artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso-administrativo determina que corresponden a la potestad discrecional y, por consiguiente, no son impugnables en vía contenciosas, las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de Gobierno. O sea, que los actos de Gobierno, en el Derecho español, no son más que una categoría dentro de los actos discrecionales. Por consiguiente, no hay ningún obstáculo para aplicarles lo prevenido en el artículo 121 de la Ley de Expropiación sobre la indemnización de daños y perjuicios.

Lo aconsejan, además, razones de seguridad jurídica propias de un Estado de Derecho. En relación con los actos de Gobierno, y en general con todos los actos discrecionales, debe distinguirse la cuestión de legalidad y la de indemnización de daños. Si consideraciones de oportunidad política abonan que los Tribunales no pueden fiscalizar la legalidad de los actos de Gobierno, en cambio, no hay razón para sustraerlos al control jurisdiccional en el aspecto de indemnización. El acto de Gobierno en cuestión seguirá con vida jurídica y será ejecutado. El Tribunal no puede anularlo; pero la indemnización que reciba la víctima, dice DUEZ, será algo así como el rescate que ha de pagar por su existencia.

a) *Caracteres del daño*.—En este punto, la Ley de Expropiación exige, con alguna diferencia de expresión, los mismos caracteres que la Ley de Régimen local. En todo caso, el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

La indemnización se fijará de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmue-

bles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado.

b') *Plazo para reclamar.*—El derecho de reclamar prescribe al año del hecho que lo motivó. Presentada reclamación, se entenderá desestimada por el transcurso de cuatro meses sin que la Administración resuelva. A partir de este momento, o de la notificación de la resolución expresa en su caso, empezará a correr el plazo para el procedente recurso contencioso-administrativo (art. 122 de la Ley).

El artículo 128 reitera la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En todos aquellos casos en que la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa.

En este punto de la competencia, la Ley de Expropiación difiere notablemente de la de Régimen local. Esta, como se recordará, distingue dos jurisdicciones competentes *atendiendo* a la naturaleza del derecho: la ordinaria, si se trata de lesión de daños civiles; la contencioso-administrativa, si los derechos lesionados son administrativos.

Encontramos muy acertada la unidad de jurisdicción establecida en la Ley de Expropiación, pues ello servirá para conseguir la unidad de la jurisprudencia en materia tan delicada y nueva.

Y esto nos lleva a examinar la cuestión de la aplicación de los preceptos de la Ley de Expropiación en materia de responsabilidad civil por daños a la Administración local.

Como la Ley de Expropiación es posterior a la de Régimen local y en su disposición final 3.^a deroga cuantas disposiciones se opongan a la misma, creemos que habrá que aplicar sus preceptos en materia de responsabilidad de las entidades locales y, por consiguiente, que las disposiciones de la Ley de Régimen local y de su Reglamento sólo serán aplicables en cuanto no se opongan a aquélla (3). Como ello plantea cuestiones delicadas, convendría que el Gobierno, una vez que se dicte el Reglamento de la Ley de Expropiación forzosa, publique el nuevo texto refundido del capítulo correspondiente de la Ley de Régimen local, teniendo en cuenta los nuevos preceptos de la Ley y Reglamento de Expropiación forzosa.

(13) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 194.

El estudio de nuestra legislación muestra que en materia de responsabilidad de la Administración pública, y en el orden local, nuestro Derecho no cede en méritos al extranjero, y que, en lo tocante al Estado, queda muy poco por hacer.

Mas *¿quid leges sine moribus?* El Derecho positivo, el vigente, no sólo está constituido por las leyes, sino también, lo que es muy importante, por la aplicación que reciba en la vida, esto es, por la jurisprudencia. Yo estoy seguro que nuestros Tribunales harán honor a su fama de competentes y de prudentes en la interpretación de la ley, asegurando a los particulares la justa indemnización de los daños que sufran a causa de la actividad administrativa y sin sacrificar tampoco los legítimos intereses de las Haciendas locales y del Estado.

Es un mérito del nuevo Estado esta importante conquista en el terreno de la protección jurídica de los particulares. Nada tiene de extraño que un Estado amante de nuestras tradiciones haya dado forma jurídica, utilizando la técnica moderna del Derecho, a un principio arraigado desde muy antiguo en nuestra conciencia jurídica, el respeto a la ley y a los derechos de ella nacidos. Ya SAN ISIDORO, en sus *Libri Sententiarum*, dijo: «*Princeps legimus tenere suis neque in se posse damnari jura quae in subiectiis constituunt.*»

El respeto a los derechos de los súbditos es un postulado de la justicia. La justicia es uno de los lemas del Estado español, y sus gobernantes saben que el libro de la sabiduría comienza diciendo: «Amad la justicia los que gobernáis la tierra», y que, como clamó el profeta Isaías: «La paz es obra de la justicia, y sus frutos la tranquilidad y la seguridad perennes.»

SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA

Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de Madrid.