

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION Y JURISDICCION

POR

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO

Ayudante de Derecho Administrativo
en la Facultad de Derecho de Madrid.

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER JUDICIALISTA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA A PARTIR DE LA REFORMA DE 1956.—II. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN RELACION CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION SEGUN EL DERECHO POSITIVO: 1. Ley de 5 de abril de 1904. 2. Ley Municipal de 1935. 3. Ley de Régimen Local. 4. Ley de Expropiación Forzosa. 5. Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. 6. Hacia la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. a) El Anteproyecto. b) El Proyecto. c) La Ley.—III. SIGNIFICADO DE LA REGULACION INTRODUCIDA POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Alcance del artículo 41 de dicha Ley. 2. Críticas a dicho artículo. 3. Interpretación de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos». 4. Posición de la Jurisprudencia: a) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo. b) La Jurisprudencia de conflictos. 5. Juicio crítico. 6. Los riesgos del sistema de reparto de competencias.—IV. EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN: 1. Necesidad de superar la situación de incertidumbre e inseguridad. 2. Posibles soluciones. a) La delimitación por parte de la misma Jurisprudencia. b) Modificación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico. a') Delimitación potestativa de la competencia. b') Vuelta al sistema de la Ley jurisdiccional: competencia general de la jurisdicción administrativa. c') Ponderación de ventajas e inconvenientes.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS ABIERTAS EN LA CONFIGURACION DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

I

La vigente Ley de lo Contencioso incluye entre sus innovaciones importantes una de la que, quizá por su misma obviedad, no se han sacado todas las consecuencias (*). Se habla, sí, con reiteración de que establece un sistema judicialista y de que los Tribunales administrativos quedan incluidos dentro de la organización judicial. Pues bien, a partir de aquí nos interesa insistir en una consecuencia debida, desde luego, a la Ley nueva: hay que superar todo el recelo tradicionalmente existente entre los Tribunales ordinarios —los Tribunales por antonomasia— y los Tri-

(*) Este trabajo se destina a los *Estudios en homenaje al Profesor don Ignacio Serrano con motivo de sus veinticinco años de magisterio.*

bunales de lo contencioso-administrativo. La historia del Derecho administrativo anterior a la vigente Ley de lo Contencioso nos ofrece abundantísimos ejemplos de tensión existente entre ambos órdenes. Lo cierto es que dicha tensión parece justificarse de acuerdo con el planteamiento de la configuración de poderes, no siendo en el fondo sino reflejo y resultado del problema superior de la juridización del Estado y de las distintas técnicas que informaban las relaciones Administración-Justicia. Frente a los Tribunales ordinarios, los órganos de la jurisdicción administrativa, o, mejor, de la jurisdicción contencioso-administrativa, aparecen infringiendo todas las reglas de independencia de los Tribunales que con tanto énfasis se proclaman a lo largo del pasado siglo. Realmente, podemos decirlo con toda tranquilidad, no son auténticos Tribunales, sino simples órganos administrativos especializados, una parte de la Administración, como toda la doctrina primera afirmará y DICEY resaltará temáticamente en su famosa y conocida impugnación del sistema. De ahí que, independientemente de su eficacia y de que incluso en algunos supuestos los Tribunales administrativos fuesen más efectivos que los ordinarios en la defensa de las garantías de los particulares, lo cierto es que el recelo aludido aparece justificado por esas razones estructurales y de principio.

Con la Ley de lo Contencioso de 1956 el panorama cambia radicalmente. Los Tribunales administrativos, al abandonarse el poco afortunado sistema de los anteriores Tribunales mixtos, aparecen estructurados en paridad de condiciones con los Tribunales penales y los Tribunales civiles. De forma que estos últimos solamente por razones históricas podrá seguir llamándose Tribunales ordinarios. El mismo Preámbulo de la nueva Ley jurisdiccional confirma expresamente la transformación que apuntamos: «Y como esta jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional (1), y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento, la Ley se limita a recoger las especialidades que una y otros ofrecen, remitiéndose en lo demás a las Leyes orgánicas y procesales comunes»; y algo más adelante: «La Ley es judicialista... en cuanto confía la jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos.»

(1) Es también de la Exposición de Motivos el siguiente texto: «El texto legal se inicia refiriéndose a la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sus términos evidencian la comunidad plena entre esta jurisdicción y las demás especies concretas de la función jurisdiccional.»

Estas consideraciones en torno a la evolución de las relaciones entre los Tribunales administrativos y los demás Tribunales nos habilitan para extraer alguna consecuencia que ha de interesarnos aquí. La situación de recelo antes referida se justificaba por la diferencia estructural entre ambos —llamémoslos así— Tribunales. No era, en principio, igual que la competencia para determinados asuntos se encomendara a uno o a otro. Falta, que yo sepa, una historia general y profunda de la evolución del Derecho administrativo en nuestra Patria a lo largo del pasado siglo. Podemos contar sólo con estudios sobre puntos concretos; de ahí que aun siendo muy sugestivo poder seguir este problema paso a paso, hayamos de renunciar aquí a dicha posibilidad (2). Pero lo que ahora interesa destacar es que, planteados los problemas desde el punto de vista estructural —si observamos el proceso evolutivo de las instituciones—, no es lo mismo que un asunto *contra* la Administración se encomiende a un Tribunal compuesto por funcionarios, que a un Tribunal compuesto por Jueces o incluso que a un Tribunal mixto. Pero a partir de la Ley de 1956, el sistema ha cambiado radicalmente. El problema de reparto de competencias ha dejado de ser un problema político o de orden constitucional, para ser un simple problema de técnica jurídica (3). La justificación que hoy existe para mantener los Tribunales administrativos en lugar de utilizar, por ejemplo, los Tribunales de lo civil, se basa únicamente en razones de especialización (4)

(2) Sobre el problema que interesa en el texto puede verse, entre otros, CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1954; JORDANA DE POZAS, *El Consejo de Estado Español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, Madrid, 1953; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, en el núm. 15 de esta REVISTA (1954), 109 ss.; CONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, I, Madrid, 1955, 439 ss.; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, 69 ss.

(3) Al delinear las bases de una posible reforma de la justicia administrativa, escribía GARCÍA-TREVIJANO (*Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en el núm. 34 de esta REVISTA (1961), pág. 18 de la separata): «La reforma que se propone en nada se parece a las discusiones que se sucedieron a lo largo del siglo XIX. Estas tenían infraestructura política con ánimos exaltados y sin la preparación que da la perspectiva histórica de las épocas posteriores.»

(4) Esta consecuencia puede extraerse directamente del Preámbulo de la Ley jurisdiccional. Después de calificarse a sí misma como de judicialista en el párrafo transcrito más arriba en el texto, continúa: «Pero, creyendo esencial una especialización del personal de esta jurisdicción, la ha procurado mediante la selección de los miembros de la carrera judicial a través, no sólo de los correspondientes concursos..., sino también mediante oposición.» En otro lugar del mismo Preámbulo se dice ya más expresamente: «Si la jurisdicción contencioso-administrativa tiene razón de ser, lo es precisamente en cuanto, *por su organización*, sus decisiones ofrecen unas probabilidades de acierto, de ser eficaz garantía de las situaciones jurídicas, de encarnar la Justicia, superiores a las que

y de formación de los Jueces, pero no en criterios políticos-estructurales.

Como consecuencia de todo lo que vamos viendo, el problema de reparto de competencias entre el Tribunal civil y el Tribunal administrativo ha adquirido un sentido totalmente nuevo y diferente. En el esquema de los órganos estatales, ambos órdenes de Tribunales ocupan posición análoga. Los criterios que informan la distribución de competencias entre los distintos Tribunales han de ser meras razones de reparto de trabajo en razón de la distinta preparación de los Jueces, pero ninguna otra razón. De ahí que el reparto de materias, como tal reparto, haya de tener un sentido estrictamente instrumental. Es una mera cuestión de técnica jurídica, que se ofrece sin mayor trasfondo y que debe aportar las soluciones exigidas por cada momento histórico. De esta forma, el criterio adoptado habrá de ser fundamentalmente empírico, teniendo en cuenta que lo importante es que sirva, que sea útil y que facilite el normal desarrollo de la vida administrativa y de las garantías jurisdiccionales.

II

De acuerdo con estas razones, conviene que aludamos al problema jurisdiccional que se plantea a propósito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, problema que no es sino expresión de una cuestión mucho más amplia que afecta a puntos muy diversos del Derecho administrativo. El problema consiste, en nuestro caso, en que la responsabilidad patrimonial de la Administración procede exigirla en unos casos ante los Tribunales civiles y en otros ante los Tribunales administrativos (5). Tanto el Juez civil como el administrativo puede condenar a la Administración a reparar los daños causados. El problema sería mínimo y quedaría a lo sumo en una simple duplicación si el uso de una u otra jurisdicción fuera potestativo, o si, aun siendo de carácter necesario, estuvieran claramente delimitados y se supiera con precisión cuándo correspondía acudir a una jurisdicción y cuándo a la otra. Sin embargo, el problema no ha encontrado una solución nítida, planteando

ofrecerían si las mismas cuestiones se sometieran a otra jurisdicción.» La organización de estos Tribunales aparece, por tanto, como criterio determinante.

(5) El problema lo destaca ya GARCÍA-TREVIJANO en una conferencia pronunciada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, considerándolo como uno de los inconvenientes que debe salvar la futura configuración de la justicia administrativa. Dicha conferencia se publicó en el núm. 34 de esta REVISTA (1961): *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*; vid. pág. 12 de la separata.

la actual regulación diversas dudas, pendientes todavía de solución satisfactoria. Digo que es un problema actual, ya que surgió precisamente al promulgarse la normativa hoy vigente, a la que luego nos referiremos, y que no se daba con anterioridad. Es un problema nuevo, en primer lugar, ya que hay que tener en cuenta las dificultades históricamente existentes hasta fecha reciente para admitir la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero el problema es nuevo, en segundo lugar, ya que tradicionalmente se venía entendiendo que los problemas relacionados directamente con el derecho de propiedad —el estudio de la responsabilidad nos situaría precisamente en este caso— debían ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. Se trataría de un derecho de índole civil que, según el número 2.º del artículo 4.º de la Ley Santa María de Paredes, en sus diversas versiones, quedaba excluido del conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos.

1. Dicho criterio se encuentra sancionado expresamente, por lo que respecta a la responsabilidad civil de los funcionarios (6), en el artículo 6.º de la Ley de 5 de abril de 1904: «Fuera de los casos reservados por los precedentes artículos al Senado o al Tribunal Supremo, conocerá en única instancia de las demandas de responsabilidad *la Sala de lo Civil* de la Audiencia Territorial en cuya demarcación hubiere funcionado la persona de mayor categoría que figure entre los demandados como responsables.»

2. La Ley Municipal republicana (31 de octubre de 1935) contiene la primera regulación general y directa de la responsabilidad de los Municipios. El capítulo II del título IV lleva por título precisamente «De la responsabilidad de las entidades, organismos, autoridades y funcionarios municipales». El artículo 209, incluido en dicho capítulo, es realmente generoso y marca un hito fundamental en la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, si bien en la práctica no debió tener desarrollo. «Las entidades municipales —dice— 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 sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos.» Sin embargo, la amplitud de miras de dicho texto queda aminorada seguramente por el párrafo 2.º del mismo artículo 209, que al disponer «la responsabilidad civil será

(6) Hay que observar que en este supuesto concreto se trata de responsabilidad de funcionarios y no de la Administración. Sin embargo, nos proporciona un ejemplo útil para comprender mejor el problema del reparto de competencias que ahora estudiamos.

exigida conforme a los preceptos de la Ley de 5 de abril de 1904», abría las puertas para que la responsabilidad *de las entidades municipales* se convirtiera fácilmente en responsabilidad de los funcionarios.

Pero en todo caso, y por lo que respecta al problema que ahora interesa de la competencia jurisdiccional, dicha remisión suponía el dar entrada, también aquí, a la jurisdicción civil.

3. La Ley de Régimen Local (LRL) vigente (7), en su artículo 405, hace suyo prácticamente el texto del primer párrafo del citado artículo 209 de la Ley Municipal republicana. Se suprime ahora de la regulación la remisión a la Ley de responsabilidad de funcionarios de 1904, lo que parece un dato positivo. En cambio, será la LRL quien introduzca el criterio dualista hoy vigente, por las razones que luego veremos. Criterio que estimamos debe ser corregido. En efecto, según el artículo 407, por una parte, «tratándose de lesión de derechos administrativos, será competente el Tribunal provincial de lo Contencioso para conocer de las demandas de responsabilidad civil de las entidades locales». Pero añade seguidamente dicho artículo: «En caso de lesión de derechos civiles, será competente la jurisdicción ordinaria.» De esta manera el criterio distintivo va a ser el de que el derecho lesionado sea civil o administrativo. Se entra así en un callejón sin salida por las dificultades, teóricas, desde luego, pero también prácticas, de considerar tan simplismente a un determinado derecho como derecho civil o como derecho administrativo (8).

La existencia de dos órdenes jurídicos diversos, el civil y el administrativo, cuya diferenciación es un camino realmente azaroso y lleno de dificultades, si puede admitir la existencia de dos órdenes de Tribunales, no justifica, en cambio, en absoluto, que un derecho subjetivo se califique de civil o de administrativo. Hoy día nos causa asombro el ver el auténtico juego de cuerda floja que han tenido que realizar nuestros Tribunales en el largo período de vigencia de la Ley Santamaría en sus diversas redacciones. En efecto, según el artículo 4.º, como se sabe, se consideraban «de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil». Este criterio, decimos, es insatisfactorio, y parece un

(7) El texto hoy vigente, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, reproduce literalmente, en este punto, los preceptos del texto aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950.

(8) Hay que decir, sin embargo, en defensa de la LRL, que dentro de su sistema el problema resultaba muy aminorado por la moderación que introducía el artículo 379 del Reglamento de Organización. Vid. *infra* nota 37.

aciertó que la Ley de 1956 haya prescindido de él para sustituirlo por el de «los actos de la Administración pública (estén) sometidos al Derecho administrativo» (art. 1.º). No es la naturaleza del derecho lesionado el criterio determinante (9), sino la normativa que regula la actuación administrativa impugnada. Pero sobre este problema hemos de volver más adelante.

Para terminar con el significado del artículo 407 LRL, debemos añadir sólo que, en todo caso, con dicho artículo se consagra de forma expresa la posibilidad de que se dirijan a los Tribunales de lo contencioso-administrativo pretensiones indemnizatorias frente a las Administraciones locales, siempre que se entienda que se han lesionado derechos administrativos de los particulares. No podemos precisar aquí, sin embargo, cuál fué en la práctica el alcance de tal posibilidad.

4. La siguiente etapa a examinar es la que viene marcada por la Ley de Expropiación Forzosa (LEF, de 16 de diciembre de 1954; B. O. del 17) y su Reglamento (26 de abril de 1957; B. O. del 20 de junio); si la LRL habría introducido modificaciones importantes a propósito de la responsabilidad de las Administraciones locales, la LEF es generosamente innovadora, contemplando dichos problemas con carácter general, regulando, por de pronto, la responsabilidad de la Administración del Estado.

Prescindamos ahora de su aspecto substantivo, que ya se sabe es de la mayor importancia (10). Pero es que por lo que respecta a la competencia van a introducirse novedades muy interesantes. El artículo 128 y último de la Ley dispone categóricamente: «En todos aquellos casos en que, con arreglo a esta Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa» (11). Por su parte, el Reglamento, en su artícu-

(9) La Ley jurisdiccional, en su Exposición de Motivos, parece mantener, sin embargo, bien que con criterio indeciso, la vieja configuración: «La jurisdicción contencioso-administrativa no debe entenderse ni desarrollarse como si estuviera instituida para establecer, sí, garantías de los derechos e intereses de los administrados, pero con menos grado de intensidad que cuando los derechos e intereses individuales son de naturaleza distinta y están bajo la tutela de otras jurisdicciones.» Para el estudio del problema anterior vid. GUASP, *El «derecho de carácter administrativo» como fundamento del recurso contencioso*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», septiembre 1940, páginas 11 y ss.

(10) Vid., por todos, el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956. A la responsabilidad se dedica todo el capítulo IV, págs. 143-236.

(11) Algún comentarista de la Ley despacha el comentario de este precepto —y del anterior— con las siguientes palabras: «Dada la claridad de tales preceptos y referirse

lo 141, no hace sino recoger la misma regla: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los recursos sobre indemnización de daños y perjuicios.» El artículo 128 de la Ley contiene una cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, cláusula que, sin embargo, queda luego modulada en la realidad por el contexto del mismo artículo. En efecto, la jurisdicción contencioso-administrativa será competente cuando la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios, y lo será *en todos, pero sólo* en aquellos casos en que la Administración esté obligada «con arreglo a los preceptos de esta Ley». De esta manera se introduce una importante reserva, cuyos límites vamos a tratar de fijar ahora. Nos interesa aquí exclusivamente el problema procesal, pero éste no puede ser resuelto si no es acudiendo al aspecto material de la cuestión. Se demuestra así, una vez más, la necesaria vinculación existente entre ambas perspectivas.

La fórmula del artículo 128 nos da ella misma la pista a seguir para determinar la competencia de la jurisdicción administrativa. Serán *los preceptos de esta Ley* los que nos determinen el ámbito efectivo de competencia.

De los muchos preceptos que se ocupan de esta materia vamos a fijarnos ahora en uno de ellos, que es, en cierto sentido, el crítico desde la perspectiva que ahora nos orienta. El artículo 121 garantiza la indemnización derivada de toda lesión que los particulares sufran, «siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». GARCÍA DE ENTERRÍA, que ha estudiado con todo detalle este artículo, entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración está regulada por la LEF en cuanto se trate de una situación propia del Derecho administrativo. Quedarán, por tanto, fuera de la regulación de esta Ley aquellos supuestos en que la Administración se encuentre regida por normas de Derecho privado (12). Esta

a cuestiones concretísimas, huelga, a nuestro entender, cualquiera aclaración o comentario»: ALMANZOR Y RAFELS, *Expropiación forzosa y urbanismo*, Barcelona, 1959, 111.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, 197 ss., especialmente 201: «Resulta así que para que pueda imputarse a una Administración la producción de un daño patrimonial, conforme a los principios y para los efectos de nuestra Ley de Expropiación Forzosa, es presupuesto fundamental, o bien que el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo y no privado, o bien, cuando la imputación no proceda de la emanación de acto jurídico alguno, sino de puros hechos, que la situación en que estos hechos determinantes se produjeron fuese de suyo una situación propia del Derecho administrativo, y no de las que rige el Derecho privado. Fuera de estas hipótesis,

interpretación, que habría de encontrar años después respaldo legal al ser aparentemente recogida por la LRJ, puede resolver *grosso modo*, con las reservas que luego señalaremos, el problema que nos ocupa ahora. En este sentido, si los daños han sido causados por la Administración pública en cuanto regida por normas de Derecho administrativo, entra la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En otro caso, estaremos ante una competencia de la jurisdicción civil. La dificultad estribará en distinguir, en una serie de casos, cuál es la normativa realmente aplicable a la situación concreta. El problema queda obviado desde luego en cuanto una Ley resuelva expresamente en un sentido o en otro. Así, teniendo en cuenta que los supuestos de hecho contemplados son distintos, se ha entendido que continúa en vigor la Ley de 1904 sobre responsabilidad civil de los funcionarios (13). En los supuestos comprendidos en esa Ley (14) se mantendrá, por tanto, la competencia de la jurisdicción civil —siquiera sea porque el proceso en la Ley contemplado es un proceso *inter privados*, en el que la Administración, subjetivamente considerada, no es parte—. Parece también claro que la LEF excluye de su regulación los numerosos problemas que plantea la responsabilidad contractual de la Administración, que se regirá por normas distintas (15). En este sentido, al tratarse de una responsabilidad que no es regulada por la LEF, nada prejuzga el artículo 128 de esta última respecto a cuál de las jurisdicciones haya de ser la competente.

Lo cierto es, pues, que la LEF admite expresamente la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos para una serie de casos, que han de ser muy numerosos de acuerdo con el significado general de la Ley. Pues bien, a propósito de todos estos supuestos nos interesa cons-

como dice FORSTHOFF, la actividad será Administración, pero no imperarán en ellas las normas del Derecho administrativo.»

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, 222; últimamente, con abundante bibliografía, GONZÁLEZ BERENGUER, *Función pública y acciones de responsabilidad civil*, en el número 39 de esta REVISTA (1962), 201.

(14) Según el artículo 1.º de la misma, «los funcionarios civiles del orden gubernativo, cualquiera que sea su clase y categoría, desde Ministro de la Corona hasta agente de la autoridad, que en el ejercicio de sus cargos infrinjan con actos u omisiones algún precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, quedarán obligados a resarcir al reclamante agraviado de los daños y perjuicios causados por tal infracción legal. Iguales responsabilidades serán exigibles a quienes ejerzan funciones en la Administración municipal o provincial, designados por el Gobierno, por ministerio de la Ley o por elección popular». Hay que tener en cuenta, sin embargo, que tanto la Ley como en concreto el artículo transcrito han sido modificados en diversos puntos; vid. GONZÁLEZ BERENGUER, loc. cit.

(15) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, 206 y anteriores.

tatar que se rompe radicalmente con el criterio de que los problemas relativos al derecho de propiedad deberían ventilarse ante la jurisdicción civil. La misma jurisprudencia ha reconocido expresamente el cambio efectuado. La sentencia de 30 de mayo de 1961 (Sala 4.^a, Arz. 2.432) reconoce expresamente que *«si bien por la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias de 10 de octubre de 1900, 21 de abril de 1904 y 25 de marzo de 1947, la reclamación de daños y perjuicios derivados de actos cometidos por la Administración habría de formularse ante la jurisdicción ordinaria, después de lo consignado en el artículo 128 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa; los 42, 71 y 84 de la actual jurisdicción, el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, ya no ofrece la más pequeña duda de que pueda conocer y decidir sobre aquéllos en la especial»* (esto es, en la jurisdicción contencioso-administrativa). Se modifica sustancialmente la antigua Ley de la jurisdicción, todavía entonces vigente, abandonándose el arcaico criterio de la presunta naturaleza civil o administrativa del derecho del particular lesionado. Así lo ha reconocido otra sentencia en materia de responsabilidad, la de la Sala 4.^a de 21 de enero de 1961 (Arz. 386), aunque refiriéndolo a la Ley jurisdiccional y a la LEF: *«Ahora la lesión de un derecho, aun siendo éste de índole civil, como es el derecho de propiedad, puede originar acción contencioso-administrativa, siempre que se produzca la lesión por un acto de la Administración pública regulado mediante preceptos administrativos»*. Como puede verse, el paso dado es de un alcance enorme. Se trata de una innovación radical, plenamente acertada y justificable. Dada la amplitud y generosidad con que la Ley regula el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuanto debida a actuaciones regidas por el Derecho administrativo, parece adecuado dar entrada aquí a la jurisdicción administrativa. Y no por razones de estructura de poderes o por razones políticas, sino simplemente por razones de especialización. Tal es, decíamos más arriba, el fundamento único de la existencia de los Tribunales administrativos distintos de los Tribunales civiles. La fórmula clave que contiene la Ley de Expropiación es, ya lo hemos visto, la de la resarcibilidad de las lesiones sufridas por los particulares *a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos* (art. 121). Quiere ello decir que el Juez no habrá de conocer exclusivamente de unos daños causados y de un resultado. No importa ahora el valorar si se ha lesionado un derecho civil o administrativo. Lo que importa es la referibilidad de la lesión causada al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Adquiere, por

ello, aquí primordial importancia la delimitación y constatación por parte del Juez de cuál sea el *standard* de funcionamiento de los servicios públicos (16). Es, por tanto, imprescindible que el Juez conozca con detalle el funcionamiento de los mecanismos administrativos y que pueda apreciar si en un caso dado nos encontramos realmente ante un supuesto de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o, por el contrario, estamos fuera de dicho ámbito. Pues bien, para esta tarea parece más preparado —y conste que me refiero tan sólo a razones de especialización— el Juez de lo contencioso-administrativo que el Juez de lo civil. Concibiéndose la responsabilidad con gran amplitud de miras y comprendiéndose ahora supuestos que con anterioridad, de hecho, no habían sido comprendidos, parece lógico que se acuda al instrumento más adecuado para ello, que en este caso era, exactamente, la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. Este orden de consideraciones es el que inspira, sin duda alguna, la Ley de lo Contencioso de 1956. Quiero resaltar aquí la importancia de la regulación que hace de la competencia en materia de responsabilidad, por dos razones principales. En primer lugar, por estar contenida en la Ley reguladora de la jurisdicción, que parece, desde luego, el lugar adecuado para abordar el problema que nos ocupa. Si la regulación de la Ley de Expropiación fué importante por la novedad que supuso, dicha novedad se potencia al máximo al recogerse ahora en el lugar adecuado para ello, cual es la Ley de la jurisdicción. Dicha importancia se resalta, en segundo lugar, por el hecho de que tal regulación se incluye

(16) Se está tocando así uno de los problemas más vivos que tiene planteados actualmente la jurisdicción administrativa. El Consejo de Estado —dice HAURIOT— «añade a los poderes propiamente contenciosos del Juez los poderes de policía jurídica de un administrador superior. De ahí el carácter pretoriano de la jurisprudencia..., debido a una mezcla de jurisdicción y de poder discrecional». GARCÍA DE ENTERRÍA observa también por su parte: «A través de la unificación de la imputación..., la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el *Conseil d'Etat*. De este modo, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejerce un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional media que puede operar invisiblemente en nuestra un tanto forzada Administración...» Ambos textos, de una plasticidad extraordinaria y que plantean problema tan vivo y de tanta actualidad, en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, 211 s. A este problema parece que se refiere expresamente la Ley jurisdiccional cuando habla en el Preámbulo de «la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y aumenta la autoridad pública».

en texto legal de tanta categoría, cuyo significado y perfección ha sido bien encomiado.

En concreto, la Ley jurisdiccional aborda el problema en el artículo 3.º, apartado b), disponiendo que «la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá [aparte de otras] de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». Queda, pues, incorporado este criterio con todo énfasis en la Ley de la jurisdicción, constituyendo una novedad que no se hallaba en la anterior Ley de lo Contencioso.

Antes de seguir adelante quiero referirme ahora al encuadre sistemático del citado apartado b) del artículo 3.º dentro del esquema de la Ley.

El esquema de la parte que a nosotros nos interesa es el siguiente:

a) El artículo 1.º de la Ley, al señalar la amplitud de la jurisdicción, la extiende a las pretensiones deducidas en relación con los actos de la Administración pública sometidos al Derecho administrativo (17).

b) El artículo 2.º declara excluidas del ámbito de la jurisdicción determinadas pretensiones que podrían perfectamente quedar incluidas dentro de ella, dada la amplitud de la fórmula del artículo 1.º (18).

c) Fijándonos en la sistemática de la Ley Santamaría, precedente inmediato del texto que ahora examinamos, la interpretación que habremos de dar al artículo siguiente es, en cierto sentido, opuesta a la del artículo que acabamos de exponer. Si se excluyen de la competencia cuestiones que en otro caso hubieran estado comprendidas, parece que con el artículo que ahora corresponde glosar se trataba de atribuir a la jurisdicción cuestiones que, en caso contrario, no le hubieran correspondido. Tal es la interpretación de parte de la doctrina a propósito del famoso «sin embargo» que figuraba casi al inicio del anterior artículo 5.º (19). Por lo que respecta a la Ley actual, se ha discutido vivamente el significado del correlativo artículo 3.º, fundamentalmente a propósito del problema de los contratos administrativos (20). Pero aquí

(17) De las disposiciones de categoría inferior a la Ley podemos prescindir ahora.

(18) Así, «aquellas otras [cuestiones] que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyen por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones» (apartado a); igualmente, «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno...» (apartado b).

(19) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, 113, en nota; últimamente, PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, 8.

(20) Vid. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 159 ss.; en págs. 161 ss. desarrolla el esquema de los tres primeros artículos de la LJ que acogemos ahora en el texto; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes*, 9 ss.

debemos limitarnos al problema de la responsabilidad. Dijimos que, según la interpretación tradicional, las cuestiones de responsabilidad habrían de corresponder a la jurisdicción civil como relacionadas con el derecho civil de propiedad. Se explica por ello que, dada esa creencia, quiera insistir el legislador expresamente en afirmar la competencia de los Tribunales administrativos. Nótese bien que hemos censurado más arriba la catalogación de derechos que se realizaba con anterioridad, así como la tendencia misma de tener que considerar como administrativo o como civil un determinado derecho.

La consecuencia que ahora nos interesa extraer es que, en definitiva, la referencia a la responsabilidad en el artículo 3.º no prejuzga ni que sea materia civil ni que sea materia administrativa. Ahora bien, como se ha creído durante mucho tiempo que la responsabilidad patrimonial, aunque fuera de la Administración, es un problema de Derecho privado, parece por eso interesante que el legislador, aunque nada más sea por romper una creencia que, aunque equivocada, tiene cierto peso, afirme manifiesta y expresamente que tal materia va a entrar en la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos. El problema se resuelve, por tanto, con independencia del artículo 1.º de la misma Ley, o incluso queriendo superar las limitaciones que con arreglo a este último pudieran pensarse, sin que haya de tratarse necesariamente de «actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo» (21).

Parece justo que si la Ley de Expropiación innovaba de forma fundamental respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración, al reorganizarse la jurisdicción administrativa se reflejara en la Ley jurisdiccional la adecuación procesal para la buena realización de dicha institución.

De esta manera, el problema del cambio de jurisdicción, que al ser introducido por la Ley de Expropiación Forzosa tenía un alcance mucho más grande, por la especial constitución que presentaban entonces todavía los Tribunales de lo contencioso-administrativo, se minimizaba considerablemente a causa de las modificaciones decisivas introducidas a este respecto por la Ley jurisdiccional, como hemos señalado antes de forma general. Estructuralmente, lo mismo iba a dar ya que se residenciara la competencia en la jurisdicción civil o en la administrativa.

(21) No hará falta incluso que se trate de actos administrativos en sentido técnico. Nos encontramos ahora ante una importante hendidura por donde ha de penetrar el criterio de que no es necesario un acto administrativo para poder acudir a la jurisdicción administrativa. Pero sobre este problema me ocuparé luego en el último epígrafe de este trabajo.

El único criterio a seguir en adelante habría de ser el de la eficiencia, y de ahí, por tanto, las exigencias de especialización. Se trataría, simplemente, de una distribución funcional de las competencias.

Aparte de estas observaciones, hay que notar aquí, desde luego, que si la Ley jurisdiccional seguía los cauces marcados por la LEF, no dejaba, sin embargo, de introducir alguna novedad. De acuerdo con el sistema establecido por la LEF, la jurisdicción contencioso-administrativa era competente para determinados supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ya lo hemos visto. Otros supuestos quedaban, implícitamente, encomendados a la jurisdicción civil. Todo ello en base a las reservas establecidas por la misma LEF. Los supuestos de responsabilidad no regulados por ella no se incluían en la competencia de los Tribunales administrativos. En cambio, obsérvese bien que la fórmula de la Ley jurisdiccional no establece ninguna reserva: «La jurisdicción conocerá de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». Aquí sí que hay una cláusula general de competencia. De forma que, siguiendo las huellas de la LEF, se da, sin embargo, un importante paso adelante. En cualquier caso que la Administración deba responder patrimonialmente, podrá acudir a los Tribunales administrativos. Ahora sí que viene delimitada la competencia en razón a un sujeto, de forma que donde haya actuación administrativa que lesione habrá acceso a la jurisdicción administrativa.

Pudiera parecer quizá demasiado exagerado el atribuir de cuajo la competencia por razón del sujeto, descontando cualquier otra consideración a elementos diversos como los objetos o las relaciones (22). Es cierto, desde luego, que a los Jueces administrativos se van a encomendar así numerosos problemas que venían siendo considerados tradicionalmente como problemas civiles. Pero este argumento puede quedar mediatizado si tenemos en cuenta que la Ley, en el artículo siguiente al que ahora nos ocupa, extiende expresamente el ámbito de competencia de los Tribunales a cuestiones que no sean administrativas, con la condición de que no sean penales, conforme a la técnica de la prejudicialidad (23).

(22) Recuérdese que la contratación administrativa queda fuera de nuestro estudio.

(23) Dice exactamente el artículo 4.º, párrafo 1.º: «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal.» Sobre el tema de la plenitud de la jurisdicción y de la prejudicialidad, vid., en general, Alberto ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milán, 1958.

6. Sin embargo, cualquiera que sea el juicio sobre el sistema establecido por la Ley jurisdiccional, lo cierto es que no va a durar mucho. Parece como si el legislador no se hubiera detenido a pensar, al menos en este caso, que las modificaciones bruscas e impensadas de los textos legales constituyen un atentado al derecho de seguridad jurídica que reconoce a todos los ciudadanos el artículo 17 del Fuero de los Españoles. El caso es que la Ley de 20 de julio de 1957, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado, modifica ya lo que había establecido sobre la materia estudiada la Ley jurisdiccional, que, como se sabe, es de pocos meses antes, de 27 de diciembre de 1956 exactamente. La manzana de la discordia la constituye en este caso el artículo 33 de la nueva Ley. Después de regular el artículo 32 la responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos con fórmula parecida a la del artículo 121 LEF, dispone el artículo 33: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad en este caso habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.»

Antes de entrar a comentar el significado de este nuevo precepto, tratemos de seguir las huellas de su gestación.

a) El problema que aquí nos interesa es el de la competencia jurisdiccional, y en concreto, el de saber si va a ser competente la jurisdicción administrativa, la jurisdicción civil o ambas a la vez. Pues bien, el resultado que nos ofrece el texto vigente, y que luego comentaremos, no es fortuito ni impensado, sino consecuentemente querido por el legislador. Digo esto porque el anteproyecto de la Ley presentaba una solución totalmente distinta. En efecto, en el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, elaborado por la Presidencia del Gobierno (24), el artículo 32 era del siguiente tenor: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, la responsabilidad podrá exigirse ante los Tribunales ordinarios.» Obsérvese bien la expresión de la última frase: «podrá exigirse ante los Tribunales ordinarios». Es muy significativa la expresión y parece significar en concreto que tanto los Tribunales administrativos como los civiles quedan habilitados para conocer de estos problemas. No hay ningún inconveniente, ni doctrinal ni práctico, en admitir este sistema de juris-

(24) *Apud GÓMEZ ANTÓN, La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Madrid, 1959, 85 ss.; el artículo citado a continuación, en pág. 99.*

dicciones alternativas. ¿No existen, por ejemplo, en la vía gubernativa recursos potestativos o soluciones alternativas? Es que, además, en materia de responsabilidad patrimonial, la Ley de Régimen Jurídico, de la que ahora nos ocupamos en definitiva, establece, a propósito de la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, una solución alternativa. En el párrafo 2.º del artículo 32 (ahora artículo 40 del texto refundido) se dice expresamente: «Esta [la indemnización] podrá pedirse en vía contenciosa, con arreglo a la Ley de dicha jurisdicción, o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente.» La expresión no es del todo acertada, ya que incluso en este segundo caso cabe acudir a la vía jurisdiccional. Pero en todo caso es muy sintomática para lo que aquí interesa. Se puede utilizar indistintamente un camino jurídico u otro. Parece, por tanto, lógico que la Ley consagre esta posibilidad alternativa, teniendo en cuenta, además, que puede ser conveniente, por razón de especialización, que en determinados casos conozca una jurisdicción, mientras que en otros está más especializada la otra. Este sistema elástico, alternativo, parece tener ventajas, ya que si la competencia se determina rígidamente, se presentará siempre la secuela de casos dudosos en los que no sea fácil distinguir la jurisdicción competente. Más adelante hemos de ponderar, sin embargo, las ventajas últimas que esta posibilidad ofrece.

b) Siguiendo el proceso de elaboración de la Ley de Régimen Jurídico, vemos que la etapa siguiente nos presenta el problema totalmente modificado en sus términos. El proyecto de Ley publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» de 23 de mayo de 1957 (25), nos ofrece el siguiente texto del artículo 32: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad en este caso habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.» La expresión utilizada ahora —«habrá de exigirse»— indica, sin lugar a dudas, una necesidad. No cabe, pues, elección. Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, necesariamente habrá que residenciar los problemas de responsabilidad ante los Tribunales civiles. De acuerdo con el tenor de esta fórmula, la competencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración aparece dividida, pero rígidamente dividida, entre la jurisdicción civil y la administrativa. La fórmula no me parece acertada por las

(25) También *apud* GÓMEZ ANTÓN, 103 ss.

razones que luego expondremos. Esta nueva solución contrasta más si se tiene en cuenta lo adecuado de la fórmula del anteproyecto que ya hemos glosado antes. Pero entre el anteproyecto y el proyecto median modificaciones importantes que no se limitan sólo al problema de competencia que estamos examinando, sino que afectaban a la misma regulación material. Hasta tal punto, que tal como quedó redactado el proyecto se dijo que entrañaba la posibilidad de eludir totalmente la responsabilidad del Estado (26).

c) La formulación del artículo 32 del proyecto queda recogida literalmente en el mismo artículo de la Ley, que ya hemos transcrito antes, y que corresponde al artículo 41 del texto refundido de 26 de julio de 1957, hoy vigente.

Hemos llegado, por tanto, a la última etapa en la evolución legislativa de la regulación del problema. El texto vigente nos va a plantear serias dudas. Analicémoslo seguidamente.

III

1. Parece que la LRJ trata de situarse en la línea enunciada por la LEF. Ya sabemos que la regulación de esta última Ley era amplia y generosa. Pues bien, en el Preámbulo de la LRJ se afirma expresamente: «Respecto a la [responsabilidad del Estado], no obstante el gran avance que supone la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos más generales, a fin de cubrir todos los riesgos que por los particulares puede entrañar la actividad del Estado...» Esta referencia expresa a la LEF, tratando al mismo tiempo de superarla, se desarrolla en una doble dirección. El criterio determinante de esta diversificación va a ser la fórmula «el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Porque la Ley distingue expresamente, junto a la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, una responsabilidad originada «cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado». Tenemos entonces por un lado que, por lo que respecta a la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, la fórmula de la LRJ es

(26) De la enmienda presentada por el señor HERNÁNDEZ; cfr. el discurso del señor SÁNCHEZ AGESTA, de presentación de la Ley ante el Pleno de las Cortes, recogido en la edición del «Boletín Oficial del Estado» de la *Ley de Régimen Jurídico*, Madrid, 1960, página 19.

más amplia que la de la LEF (27). Pero, por otro lado, la generalización a que alude el Preámbulo de la LRJ cabe conectarla con la admisión expresa de la responsabilidad derivada de relaciones de Derecho privado. Se da aquí entrada, por primera vez, a una cláusula general en que expresamente se reconoce la responsabilidad de la Administración —la responsabilidad directa, según la expresión de nuestro Derecho tradicional —en relaciones de Derecho privado (28). La interpretación del artículo donde tal disposición se contiene —el 33 de la Ley y ahora el 41 del texto refundido— plantea problemas muy diferentes a la par que sugestivos (29). Aquí nos interesa la cuestión que suscita la última frase de dicho artículo, referente a la competencia (30). Sin embargo, también la cuestión de competencia está ahora íntimamente ligada con la regulación sustantiva.

¿En qué sentido viene a innovar la proclamación genérica de la responsabilidad patrimonial de la Administración en las relaciones sometidas al Derecho privado?

Tenemos, en primer lugar, la innovación de fórmula tan amplia y generosa. Es como si el legislador, sintiéndose generoso en los últimos tiempos, quisiera recordar de forma solemne que la Administración ha

(27) La salvedad del artículo 121 LEF, referente a las lesiones sufridas «en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere» (que tantos problemas podía plantear: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, 179 ss.), no aparece recogida en el artículo 40 LRJ. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el nuevo texto legal excluye del ámbito de responsabilidad las lesiones ocasionadas en los casos de fuerza mayor, aunque esto pueda tener también la intención positiva de incluir el supuesto de caso fortuito.

(28) Para ENTRENA CUESTA (*El texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, en el núm. 24 de esta REVISTA (1957), 286), este artículo viene a suponer que «queda salvada la falta de disposiciones sobre esta materia, en la que difícilmente podría haber penetrado la Ley de Expropiación Forzosa por las propias limitaciones de su contenido».

(29) En mi *Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho administrativo*, 1963 (inérita), estimaba que este artículo constituye un testimonio de Derecho positivo importante para respaldar la tesis sustentada brillantemente por GARCÍA DE ENTERRÍA, que considera a la Administración pública como personificación del Estado: cuando el Estado actúa en las relaciones que se contemplan, se considerará la actuación de autoridades, funcionarios y agentes como *actos propios de la Administración*. La Administración actúa, por tanto, como centro de imputación de efectos jurídicos derivados de actuaciones del Estado. Es también este artículo un buen testimonio de la moderna teoría del órgano —al menos, a primera vista— que, relacionado además con el artículo 1.º de la misma Ley, espera todavía una investigación adecuada y profunda. Nos plantea, además, este artículo la cuestión de la derogación del párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código civil, así como la de la superación del artículo 1.902 del mismo texto (imputación limitada a la culpa) por lo que respecta a la Administración pública.

(30) Este problema no ha llamado la atención de los comentaristas de la LRJ, que no se han ocupado de él.

de responder en todo caso, siempre que cause algún daño. Y por eso, pensando que a lo mejor con la fórmula de la LEF se quedó corto, quiere ahora enmendar la plana acompañando a la cláusula general de responsabilidad en caso de funcionamiento de los servicios públicos, otra cláusula general para los demás casos. Sin perjuicio de que luego volvamos sobre el tema, recordemos una vez más la interpretación que daba GARCÍA DE ENTERRÍA a la fórmula «funcionamiento de los servicios públicos». No era, como podía creerse de las palabras aisladas, el funcionamiento de lo que en fórmula más o menos técnica se ha llamado los servicios públicos—esto es, una parcela concreta de la actuación administrativa—, sino, en cambio, todo supuesto de actuación de la Administración en cuanto ésta actúa como tal Administración pública. En este sentido, la utilización en nuestro Derecho del término «servicio público» para expresar esta idea, cuenta con una intensa tradición (31). Pero si se adopta una interpretación restrictiva de la expresión «servicios públicos», no se agota con ello el campo de actuación de la Administración pública. Como uno de tantos ejemplos, podemos recordar el famoso apartado 2.º del artículo 4.º de la Ley Santamaría de Paredes: «Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también *aquellos que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones.*» Dicho texto legal, con escasos argumentos científicos a su favor, ha patrocinado y ha sido el motivo del mantenimiento de una distinción que, si a toda vista indefendible, se ha mantenido durante más de sesenta años en nuestro Derecho. El hecho cierto es que si la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos no se admitió a causa de las grandes dificultades encontradas, ya se conocen desde hace mucho, en cambio, y adquirieron un cuerpo sistemático, distintos supuestos de responsabilidad originados en relaciones de Derecho privado.

Por esta razón, el efecto más importante del artículo 41, que venimos comentando, sería el de su misma existencia. El introducir, en definitiva, una especie de fórmula programática que debería, sin embargo, tener rango constitucional, ya que al estar incluida en una Ley ordinaria corre el peligro de ser derogada por otra norma de igual rango.

Fuera de suponer la proclamación aludida, el significado real de esta cláusula general es muy diferente del que tuvo el artículo 121 LEF.

(31) Vid. nota 37.

Ello por la sencilla razón de que, repetimos, si sólo en muy contados casos se había podido hacer reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, la responsabilidad surgida en actuaciones regidas por el Derecho privado se venía reconociendo normalmente en base a textos jurídicos muy diversos (32). Por de pronto, todos los supuestos de responsabilidad contractual pacíficamente admitida, con anterioridad incluso al régimen constitucional (33).

2. El artículo 41 LRJ se nos presenta, por tanto, directamente relacionado con el 121 LEF y como queriendo completar lo que se estima

(32) Parece muy curiosa y puede ser muy interesante recordar aquí la aplicación de normas privadas que hizo el Tribunal Supremo en el caso del laúd «*Mi Paquito*» para condenar a la Administración pública por estimarla responsable de los daños causados a una embarcación decomisada por razones de contrabando. Este caso es un buen ejemplo, por otro lado, de las dificultades que ofrece el criterio de querer distinguir de forma tajante las relaciones sometidas al Derecho administrativo de las sometidas al Derecho privado. Se trata de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 2 de octubre de 1934 (Arz. 1581): «... es indudable que al no devolver la Administración al recurrente el laúd «*Mi Paquito*» en el estado de conservación en el que hubiera debido encontrarse, ni haber adoptado a su tiempo las medidas para impedir el menoscabo, es de apreciar culpa o negligencia en el sentido de custodia que incumbía a los órganos de la Hacienda pública, y en virtud del título jurídico nacido de la declaración y efectividad del comiso provisional de la repetida embarcación, está obligada a prestar la culpa correspondiente, y no se halla relevada en el caso concreto de responsabilidad con la simple entrega, apoyándose para ello en el artículo 116 de la Ley de Contrabando en vigor, sino que está en el deber de indemnizar al actor en la cuantía que judicialmente se ha determinado o en la que en definitiva pudiera determinarse, conforme a las normas que regulan la responsabilidad por culpa contractual en el libro IV, título I, del Código civil». En defecto de normativa directamente aplicable, el Supremo aplica análogicamente diversas normas del Código civil. Dice en uno de los Considerandos anteriores: «que regida la relación jurídica que el comiso representa por una Ley especial, su silencio respecto al punto concreto de que se trata debe ser suplido por las disposiciones del Código civil...», y más concretamente en los preceptos de su libro IV, por entrañar una obligación derivada de la Ley, de aquellas a que se refiere el artículo 1.090 del propio Código, y consignada de una manera específica en la sección V, capítulo II, título XI, del expresado libro IV, bajo la rúbrica «Del depósito necesario», que surge según el número 1.º del artículo 1.781, cuando éste se hace en cumplimiento de una obligación legal, y que a falta de disposiciones de la Ley especial que lo establezca, había de seguirse por los del depósito voluntario, conforme a la prescripción del párrafo 1.º del artículo 1.782 del repetido Código». El hecho de que el Supremo aplique normas contractuales para resolver este caso no es obstáculo para reconocer que se está admitiendo la responsabilidad patrimonial de la Administración en una relación derivada de actuación tan de Derecho público como es el comiso de una embarcación. Adviértase, además, para calibrar bien el interés de este fallo, que se trata de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo.

(33) Por lo que respecta al Derecho francés, vid. PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo*, 23 ss. Recientemente, por todos, también, GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1962.

una obra incompleta. Pues bien, ya desde ahora podemos señalar que estimamos desacertado ese afán de simetría, de querer redondear el artículo 121 LEF, incluyendo para eso en otro texto legal algo de lo que perfectamente se podía haber prescindido.

Creo que al estudiar el problema del reparto de competencias, regulado por el artículo 41 LRJ, abocamos necesariamente a una de estas dos conclusiones:

O bien la LRJ desconoce, al menos en este punto concreto, la existencia de la Ley jurisdiccional y de la regulación nueva que ha dado a estos problemas; o bien la LRJ, consciente de la solución introducida por la Ley jurisdiccional, estima, sin embargo, oportuno el modificarla adoptando una nueva solución, que presenta, a mi modo de ver, más inconvenientes que ventajas. Veamos con cierto detalle el desarrollo de las anteriores afirmaciones.

Digo, en primer lugar, que una de las alternativas para interpretar el artículo 41 LRJ es la de considerar que no ha tenido en cuenta la existencia de la nueva Ley de lo Contencioso, que se había promulgado pocos meses antes. No puede ser ésta una afirmación absoluta, pues nos movemos en un terreno donde no tienen cabida las afirmaciones absolutas. Vamos, sin embargo, a intentar apoyar nuestra tesis en algunos indicios de peso. Parece que la LRJ tiene delante de sus ojos a la LEF; la tiene como objeto y punto de partida, pero también como algo que por su fuerza e intensidad impide otras perspectivas. El resultado objetivo es que la LRJ establece una regulación diferente a la que había establecido, respecto a este punto concreto, la Ley jurisdiccional.

PARADA VÁZQUEZ ha llamado recientemente la atención sobre la anomalía que el artículo 41 LRJ supone con respecto a la competencia en materia de contratos administrativos, artículo que se estima «en contradicción evidente con el artículo 3.º de la Ley reguladora» y que habría venido a trastocar íntegramente —si no en su intención, sí al menos en su expresión— las reglas de competencia de los contratos administrativos (34).

(34) Dice exactamente PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo*, 10, en nota: «Queremos dedicar un breve comentario al artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico, cuya redacción nos parece en contradicción evidente con el artículo 3 de la Ley reguladora. Creemos que la intención del legislador en la Ley de Régimen Jurídico ha sido solamente la de regular la responsabilidad extracontractual del Estado, distinguiendo dentro de ésta la ocasionada por la actividad de los servicios públicos (art. 40) de la ocasionada por los entes privados del Estado y su patrimonio privado (art. 41), provocando, la primera, la competencia de la jurisdicción administrativa, y la segunda, la competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el artículo 41, al usar de la expresión «cuando

Pues bien, esas observaciones a propósito del tema contratos pueden predicarse también respecto del tema responsabilidad.

La Ley jurisdiccional establecía, como vimos, un sistema completo de regulación en el apartado b) del artículo 3.º, al encomendar *indistintamente* a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Aquella regulación indistinta viene ahora a romperse con los distingos establecidos por la LRJ. Ya nos hemos referido reiteradamente al tenor de sus artículos 40 y 41. Lo único que queríamos constatar ahora es que su regulación está también en contradicción evidente con el artículo 3.º de la Ley reguladora.

La otra alternativa es, decíamos, que la LRJ haya querido conscientemente modificar el alcance de la Ley jurisdiccional. Ello es perfectamente posible. Pero en este caso la nueva regulación no escapa a diversas críticas.

Hemos encomiado antes la regulación de este punto hecho por la Ley jurisdiccional, por creer realmente que era la Ley reguladora de la jurisdicción el lugar más adecuado para ocuparse de dicho problema. Al actuar así se incluía, en definitiva, dicha regulación en el lugar donde se trata ese problema de forma general. De ahí que sea una lástima que, faltos en nuestro sistema de una modulación del valor de las Leyes —Leyes en sentido formal—, una Ley especializada pueda ser modificada por cualquier norma del mismo rango que se produzca con posterioridad, aunque se ocupe de problemas muy diferentes. El problema cobra, además, dramática importancia en una época de *legislación motorizada* como la nuestra. El sentido del *viejo y buen Derecho*, del antiguo sistema germánico (35), es algo que realmente no ha encontrado parangón en los tiempos modernos (36). Al examinar ahora este pre-

el Estado actúe en relaciones de Derecho privado», sin más precisiones ni salvedades, extravasa el supuesto de responsabilidad extracontractual por daño originado por el dominio privado del Estado y de los antes de él dependientes, y viene a comprender los supuestos de responsabilidad contractual originados por el incumplimiento de todos los contratos privados del Estado. Por esta vía, los de esta índole que tuviesen por finalidad obras y servicios públicos, vendrían a ser sustraídos a la competencia de la jurisdicción administrativa. Esta, repetimos, creemos que no ha sido la intención del legislador; pero el peligro de esta interpretación por el uso del término «relaciones», que incluye forzosamente los supuestos de responsabilidad contractual, obliga, con urgencia, a postular la oportuna reforma.»

(35) Cfr. KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, reimpresión, Darmstadt, 1958, 11 ss.

(36) De ahí que se sienta cada vez más imperiosamente la necesidad de unos conceptos superiores como sustentadores de todo el orden jurídico, necesidad a la que se atiende desde técnicas diversas: los principios generadores del Derecho, los valores su-

cepto de la LRJ podemos preguntarnos si es que se suscitaron críticas abogando por la reforma del precepto de la Ley jurisdiccional; pero, que sepamos, no hubo manifestaciones en contra de dicha regulación. ¿Cuáles pudieron ser las razones que inspiraran la reforma realizada? La Exposición de Motivos de la Ley no nos da ninguna explicación. De ahí que estimo más adecuado prescindir ahora de establecer conjeturas sobre la motivación y razones de dicha reforma. Limitémonos ahora a constatar el resultado objetivo.

3. El criterio interpretativo que GARCÍA DE ENTERRÍA había formulado con respecto al artículo 121 LEF, que cobra todo su sentido en cuanto tal criterio interpretativo, pierde, en cambio, su valor en cuanto se le desenfoca y se le utiliza para supuestos distintos del originario. Porque la expresión «servicio público» ha tenido y tiene en nuestro Derecho el sentido general de actuación administrativa; expresa, como indica también aquel autor, el *giro o tráfico* administrativo. Comprende, pues, en principio, toda la actividad administrativa, salvo aquella en que expresamente se haga remisión al Derecho privado (37). Tal sucede primordialmente en el campo de actuación de las empresas públicas (38). Tal es el sentido de la interpretación señalada. Se trata,

periores, los principios constitucionales, el Derecho natural, etc., etc. Sobre esta problemática tan sugestiva y tan llena de actualidad, recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en el núm. 40 de esta REVISTA (1963), 189 ss., con abundantes referencias bibliográficas.

(37) Además de la obra citada *supra* en nota 12, *vid.* también de GARCÍA DE ENTERRÍA *Verso un concetto di Diritto amministrativo come Diritto statutario*, en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», 1960, 337; últimamente, del mismo autor, *La figura del contrato administrativo*, en el núm. 41 de esta REVISTA (1963), 117 s.; también, insistiendo en la interpretación amplísima que la expresión en cuestión tiene en la evolución del contencioso-administrativo, PARADA VÁZQUEZ, 99, 102, 119 ss. y *passim*. En nuestros mismos textos legales encontramos una configuración amplísima de la expresión «servicio público». Me refiero al artículo 4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Al regular los bienes de dominio público se dice expresamente: «Son bienes de servicio público los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponda al Municipio o a la Provincia...». Si se relacionan las funciones aludidas en este artículo con las señaladas en los artículos 101 y 242 de la LRL, se comprenderá la enorme amplitud que puede adquirir la expresión servicios públicos.

(38) El sistema de la LRL nos ofrece un caso interesante de remisión expresa a las normas de Derecho privado. Recordemos que, según su artículo 407, la competencia de los Tribunales administrativos o civiles dependía de que se hubiera lesionado un derecho administrativo o un derecho civil. Pues bien, el artículo 379 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales dispone expresamente: «Cuando la entidad local explote una industria o empresa como persona jurídica de Derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios.» «En tales casos asumirá respecto a los actos

además, insisto, de una interpretación válida en los términos en que se formuló, aplicada a los supuestos por los que estaba pensada y que tenía virtualidad en un momento concreto. Si una interpretación se transforma de un modo aproximativo de comprensión de un texto en un criterio rígido de norma legal, el resultado puede ser poco satisfactorio (39). Por otra parte, el artículo 41 que venimos comentando comienza, como se sabe: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado...» El hecho de que termine atribuyendo la competencia en esta materia a los Tribunales ordinarios plantea también en este caso la necesidad de resolver previamente la cuestión sustantiva antes de abordar el problema procesal.

El resultado es que explícitamente se reconoce la existencia de un doble orden de relaciones y se recurre como solución normal a un doble orden de jurisdicciones. Ahora bien, no es fácil señalar con criterios apriorísticos por dónde transcurre exactamente el límite entre las dos zonas. El criterio de las «relaciones de Derecho privado» es un criterio que resuelve pocos problemas, porque donde hay relación de Derecho privado en la vida de la Administración suele haber muy cerca relación de Derecho público. Resulta, además, que no siempre es fácil calificar una relación como de Derecho público o como de Derecho privado, lo

ejecutados por los empleados en dicha explotación, la calidad de dueño o patrono de la empresa, a efectos de la responsabilidad que pudiera contraer por hechos ilícitos de sus agentes, constitutivos de daños a las personas, a los bienes o a los derechos de tercero.» También, y aunque la remisión sea ya mucho más genérica, podemos recordar aquí el artículo 91 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas: «Las empresas nacionales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este título y disposiciones especiales aplicables a las mismas.»

(39) A esta idea, tan importante para la evolución del Derecho administrativo, se refería Gastón JÈZE cuando afirmaba con palabras brillantes y firmes: «En pocos años se realizaron progresos considerables [en la elaboración del Derecho administrativo francés], gracias a la colaboración de los Magistrados del Consejo de Estado y de los juristas. Estos progresos sólo fueron posibles en ausencia de un Código administrativo. La cristalización que opera toda codificación hace difícil la evolución del Derecho... Los regímenes políticos totalitarios habrían ejercido una influencia deplorable sobre la codificación. Para darse cuenta de ello basta destacar los tres principios generales extraídos por la obra de LAFERRIÈRE, y que consagraban la arbitrariedad de la Administración: distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, irresponsabilidad del Estado como soberano o emanando actos de autoridad, e independencia de la Administración activa frente a toda clase de Tribunales: he aquí los dogmas que habrían inspirado un Código administrativo. El Consejo de Estado se habría visto obligado a aplicarlos como simple intérprete de la Ley escrita que se impone a los Tribunales» (*Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'elaboration du Droit administratif français*, en «Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire». París, 1953, 347). Vid., análogamente, las ponencias de SPANNER y WERNER, *Empfiehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu Kodifizieren?*, en los *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentag*, Tübingen, 1960.

mismo que no fué sencillo —y si lo fué, sólo mediante grandes simplificaciones— determinar, bajo el imperio de la anterior Ley de lo Contencioso, si el derecho lesionado era un derecho civil o un derecho administrativo.

Debemos observar, por otra parte, que los términos que se usan para delimitar los dos grupos de materias no son contrarios entre sí. No es que todos los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración se escindan netamente en dos grandes grupos, de forma que en unos casos estaríamos ante supuestos derivados del funcionamiento de los servicios públicos, y en otro, como realidad tajantemente diferenciada, ante supuestos de relaciones de Derecho privado. A mi entender, no se trata de términos contradictorios, sino que creo perfectamente posible que relaciones referentes al funcionamiento de los servicios públicos estén sometidas al Derecho privado. Como es obvio también que sin estar en el ámbito del Derecho privado, puede no estarse en el ámbito de los servicios públicos, si es que esta expresión se tomara en un sentido restringido, inalcanzable por otra parte.

Todo esto quiere decir que el legislador, en este punto concreto, es subsidiario de la vieja tesis sostenida por la Escuela del Servicio Público. De acuerdo con ella, el ámbito de lo administrativo se determinaba según el criterio del servicio público. Allí donde hubiera servicio público se justificaba la presencia del Derecho administrativo. Con la misma lógica nos dice el legislador que la jurisdicción administrativa llegará también hasta donde lleguen los servicios públicos. El paralelismo entre la regulación legal y la vieja teoría me parece evidente. Pero tal planteamiento, que hace treinta años era aceptable, no tiene hoy ninguna justificación en su defensa (40). Quede, por tanto, bien clara la separación radical entre la regulación del artículo 121 LEF y la de la LRJ. El retroceso que introduce esta última, y al que nos hemos referido reiteradamente, se pone una vez más al descubierto.

4. Interesa ahora, para concluir con el problema que venimos examinando, hacer referencia a la posición de la jurisprudencia a este respecto. Hemos señalado los textos positivos y las razones doctrinales surgidas en torno a ellos. ¿Cuál es la posición de la jurisprudencia al tratar de determinar el alcance de la expresión «funcionamiento de los servicios públicos»? Vamos a prescindir ahora de la antigua jurisprudencia con respecto a expresión similar en materia de contratos admi-

(40) Vid. nota siguiente.

nistrativos. Por esta razón, y dada la modernidad de la regulación específica de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los fallos de que podemos disponer son escasos. No sirven, por tanto, para asentar sobre ellos grandes teorías, pero son muy útiles, en cambio, para ver cuál puede ser el desarrollo futuro.

Vamos a referirnos separadamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la de la jurisdicción de conflictos. Las diferencias entre una y otra son notorias. La interpretación que da el Tribunal Supremo restringe considerablemente el alcance del concepto «funcionamiento de los servicios públicos». La jurisdicción de conflictos, en cambio, potencia, con una interpretación generosa, la ampliación de los supuestos a comprender en dicha expresión.

Antes de seguir adelante en el examen de los textos queremos formular una observación que dicha jurisprudencia nos sugiere. Decimos que la jurisprudencia de conflictos da una interpretación que, a tenor de su resultado, es sumamente ampliatoria. Ahora bien, el fallo estudiado se formuló, como es sólito en la materia, «de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado». Entendemos, por tanto, que tal interpretación la patrocina el Alto Cuerpo Consultivo, que es, en definitiva, un órgano administrativo. De donde resulta que el órgano administrativo, al interpretar el precepto y darle ese sentido amplio, está potenciado al máximo la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos. En cambio, estos últimos, al apoyar la interpretación restrictiva, reducen considerablemente su esfera de actuación. Quede ahí, sin más, esta observación, sin intentar sacar de momento consecuencias de ella.

a) La sentencia de la Sala 3.ª, de 26 de septiembre de 1958 (Arz. 2.881), nos ofrece, un tanto incidentalmente, pero de forma clara, la opinión del Supremo acerca del punto en cuestión. En el caso resuelto se había impuesto por una Junta de Contrabando y Defraudación una multa por ilícita tenencia, empleo y utilización de sacarina en bebidas. Promovido recurso de alzada, el Tribunal Económico Administrativo Central estimaba que era otro el precepto aplicable, y en consecuencia procedía rebajar la multa. Con el recurso contencioso que resuelve la sentencia que comentamos se pretendía, entre otras cosas, junto a la devolución de la cantidad debidamente ingresada, que se pagara al contribuyente el interés legal de dicha cantidad desde el momento del ingreso al de la devolución. Tal pretensión se apoyaba jurídicamente en el artículo 40 LRJ, alegando que se trataba de un caso de mal funcionamiento de un servicio público que justificaba por ello la indemnización

solicitada. El Supremo deniega esta petición, y si bien se apoya fundamentalmente en el segundo párrafo de dicho artículo 40 LRJ, que niega indemnización por la simple anulación en vía contenciosa o administrativa (lo cual —dicho sea incidentalmente— es una simple manera de decir que la anulación no es fuente de responsabilidad, sino que lo es el daño, de modo que será preciso justificar éste), no deja de resolver el problema central que aquí nos interesa. Razona la sentencia del siguiente modo: «Que respecto a la segunda petición del mencionado suplico, respecto a que se condene a la Administración a la devolución de la cantidad indebidamente ingresada y al interés legal de la misma, no procede no sólo de las cantidades a que asciende la exacción impuesta por el Tribunal Central, como consecuencia de lo arriba indicado, sino respecto de los intereses de la cantidad que debe devolverse al inculpado al rebajar dicho Tribunal la sanción impuesta por el Provincial, a pesar de invocar el artículo 40 de la LRJ y el 121 de la LEF, pretendiendo que se configure la actividad administrativa como un servicio público, so pretexto del mal funcionamiento de tal actividad, *puesto que la Administración, en sentido objetivo a lo que es igual la función administrativa del Poder ejecutivo, no se puede considerar servicio público en el riguroso sentido técnico que lo define el moderno Derecho administrativo* (41), siendo el mencionado artículo 40, número 2, el que niega toda indemnización por la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas (42),

(41) En la fecha en que se dicta esta sentencia (1958), «el moderno Derecho administrativo» estaba muy poco de acuerdo acerca del «riguroso sentido técnico» del servicio público y, antes bien, había ya totalmente superado dicho concepto. Como dato positivo de nuestra doctrina, vid. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el núm. 3 de esta REVISTA (1950), 53 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, en el número 17 de esta REVISTA (1955), 121 ss.; también GARRIDO FALLA, *La crisis de la noción de servicio público*, en *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, págs. 141 ss. de la segunda edición de 1962. Respecto a la doctrina francesa, vid., por todos, con abundantes referencias, VEDEL, *Les bases constitutionnelles du Droit administratif*, en «*Etudes et documents Conseil d'Etat*», 8 (1954), 21 ss.; CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en Droit administratif français*, París, 1954.

(42) Hay que objetar que el artículo 40 LRJ no niega «toda indemnización por la simple anulación», sino que, lo que es muy diferente, proclama que «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización». Con buen criterio, en la sentencia de 26 de enero de 1961, de la Sala 4.^a (Arz. 396), después de repetirse este último precepto, se añade: «siendo, por ende, necesario analizar la relación de causalidad que pudiera existir entre el acto impugnado y el evento lesivo». Prevalece, por tanto, la interpretación de que el problema de responsabilidad habrá que apreciarlo en cada caso, a partir del daño efectivo, según se ha indicado más arriba en el texto

pues, de lo contrario, de cada anulación declarada por cualquiera de las enunciadas formas procedimental y procesal, derivaría un derecho a indemnizar, y consiguientemente un trastorno económico para la Administración en sus diversos grados, cuando no hay mala fe ni propósito de dañar a los administrados (43), ni se ha cometido una vía de hecho, ya que la decisión jurisdiccional administrativa se dictó dentro de los cauces procedimentales normales, si bien se haya padecido error de buena fe al aplicar la Ley de Contrabando y Defraudación» (44).

b) La jurisprudencia de conflictos da, en cambio, como anunciamos, una interpretación verdaderamente amplia y generosa a la expresión «funcionamiento de los servicios públicos». Nos referimos a un único caso, pero se trata de un supuesto curioso —pintoresco en cierto sentido—, en el que al resolver la cuestión de competencia planteada se sienta una doctrina extraordinariamente interesante y progresiva, sobre la que queremos llamar la atención. Se trata del Decreto 1.804 de 1960, de 7 de septiembre (B. O. del 26).

El fallo, formulado según el dictamen del Consejo de Estado, como dijimos, por la calidad de su doctrina y por las perspectivas que abre, pertenece a esa clase de resoluciones privilegiadas que merecen figurar en la historia de un sistema jurídico (45). Se trata de los siguientes hechos: en la madrugada de un 28 de diciembre el coche correo del tren La Coruña-Madrid sufrió un accidente por la acción negligente de los funcionarios de Correos, al provocar el encendido de infiernillos y estufas, produciéndose la combustión del material existente dentro del coche, circunstancia agravada además por el he-

(43) Señalemos también que en la regulación dada por nuestras modernas Leyes a la responsabilidad patrimonial de la Administración, su admisión es totalmente independiente de la mala fe o del propósito de dañar a los administrados; la limitación de la responsabilidad civil a esos solos supuestos (*dolo*) equivale a una regresión de muchos siglos en la teoría de la responsabilidad, concretamente a la situación anterior a la *Lex Aquilia* romana, con la reducción del deber de resarcimiento a los daños producidos únicamente *ex delictu*; desde entonces es axiomático que *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, estando hoy los derroteros de la responsabilidad en la extensión de ésta fuera incluso de toda idea de culpa (a lo que aluden los textos legales en nuestra materia cuando imputan responsabilidad a la Administración por «funcionamiento *normal* de los servicios públicos», como es conocido).

(44) La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1963, que más abajo glossamos en el texto, mantiene también, como veremos luego, una interpretación muy restringida de la expresión «servicios públicos». También mantiene una interpretación muy estricta, si bien no afronte el tema directamente, la sentencia de la Sala 3.^a de 18 de abril de 1961 (Arz. 1.957).

(45) Vid., sobre su alcance, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en el núm. 33 de esta REVISTA (1960), pág. 119.

cho de haber subido en la estación de León algodones impregnados en petróleo para avivar el fuego de la estufa, y no haber utilizado tampoco el extintor de incendios de que estaba dotado el referido coche-correo. Instruido el correspondiente sumario, es sobreseído al no acordarse procesamiento alguno. La Renfe demanda entonces civilmente a la Administración General del Estado para que satisfaga la correspondiente indemnización en concepto de daños y perjuicios. El Juzgado acepta el requerimiento de inhibición que le formula el Gobernador civil; no así la Audiencia Territorial, ante la que se recurre el auto del Juez. En las alegaciones de la Audiencia Territorial [de Valladolid] se plantea precisamente el problema central que aquí nos interesa de la interpretación de la expresión servicios públicos: «siendo claro que dicho artículo [40 LRJ] exige, como requisito preciso para la competencia de aquella jurisdicción [la contenciosa], la circunstancia de que la lesión o perjuicio se haya producido con el funcionamiento de un servicio o a consecuencia de un hecho o acto administrativo, siendo incontestable que no puede hacerse aplicación general y tan amplia que llegue a estimar todos y cada uno de los actos o hechos materiales realizados por los agentes o empleados de la Administración encargados de un servicio público o determinada función como inherentes o consustanciales a su gestión». La Audiencia no hace, por tanto, sino alegar la opinión tan generalizada de que servicio público es sólo una de las varias formas de la acción administrativa. Sigue en esto, por tanto, el mismo criterio propugnado por el Tribunal Supremo. El fallo de la jurisdicción de conflictos, sin embargo, se apartará de la opinión generalizada para sentar una doctrina mucho más progresiva. En el caso presente no se discute la procedencia o improcedencia con que los funcionarios de Correos pudieron obrar, sino simplemente si el hecho de tratar de calentar el coche-correo donde se encontraban desarrollando sus funciones puede considerarse o no como un acto integrante de la prestación de servicio. Pues bien, el fallo es terminante: parece evidente que, dada la fecha y circunstancias en que los funcionarios de Correos habían de prestar el servicio que les estaba encomendado, el hecho de tratar de elevar la temperatura del ambiente ha de entenderse como *presupuesto prácticamente imprescindible* para la prestación del servicio mismo, ya que éste hubiese resultado indudablemente perjudicado, dada la condición corporal y humana que necesariamente han de tener los funcionarios públicos, en el caso de que hubiera de prescindirse de aquel caldeoamiento, que el hecho mismo de la prestación del servicio en tales

circunstancias hacía imprescindible, por lo que el fin que aquellos funcionarios perseguían con los actos que pusieron en práctica ha de considerarse, siquiera indirectamente, como formando parte del propio servicio público. La afirmación es manifiesta: el acto en cuestión ha de considerarse como formando parte del propio servicio público.

Parece obvio repetir, después de cuanto llevamos dicho, que compartimos totalmente la posición patrocinada por este fallo. La expresión funcionamiento de los servicios públicos adquiere entonces el carácter general de gestión administrativa con todo lo que a ella es consecuente.

Pero es que, además, la resolución que comentamos, aparte de ser positivamente específica con respecto a la expresión *funcionamiento de los servicios públicos*, nos da una interpretación de mucha mayor altura del problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como está planteado hoy en nuestro Derecho positivo. El supuesto del expreso de La Coruña ha dado pie, por tanto, para que al mismo tiempo que se resolvía ese caso concreto, tuviera oportunidad el Juez de conflictos para sentar doctrina general a propósito de esta materia. Dice expresamente el fallo: *«Que al regular la LRJ, en sus artículos 40 y 41, la responsabilidad de la Administración y de sus funcionarios, viene a establecer dos supuestos distintos, a cada uno de los cuales consagra uno de los dos mencionados artículos; pues en el artículo 40 se contempla la responsabilidad que para el Estado pudiera derivarse a consecuencia de su propia gestión, pues no a otra cosa se alude cuando la Ley habla de los daños ocasionados a consecuencia del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de medidas no fiscalizables en vía contenciosa», en tanto que el artículo 41 se refiere a la responsabilidad que a la Administración puede alcanzar por aplicación de un principio similar al contenido en los artículos 1.902 y 1903 del Código civil, en sus párrafos iniciales, respecto a las personas de Derecho privado, pues los actos cometidos por la conducta extraadministrativa de sus funcionarios no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.»*

Si la doctrina sentada era interesante en relación al objeto concreto del litigio, es ya de suma trascendencia por lo que respecta a la teoría general de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se acepta de lleno la opinión antes recogida y comentada que ve en la expresión «funcionamiento de los servicios públicos» la gestión administrativa en general, esto es, la actuación de la Administración pública

en cuanto tal, el giro o tráfico administrativo. Si el argumento es doctrinalmente muy importante, adquiere un realce mucho mayor al ser acogido por el Juez de conflictos.

5. Además, el mantenimiento tan firme de esta postura refuerza considerablemente cuanto más arriba habíamos dicho acerca de la regulación positiva de la responsabilidad patrimonial en nuestro Derecho. Si por funcionamiento de los servicios públicos hay que entender la normal gestión administrativa, resulta que el problema había alcanzado ya la plenitud de regulación en la Ley de Expropiación Forzosa. Todo el actuar administrativo, en cuanto tal, podía dar lugar a pretensiones indemnizatorias. Ahora bien, esto era precisamente lo que convenía destacar en nuestro sistema. Era, en cierto sentido, la *auctoritas*, la *maiestas* del ejercicio de la *puissance publique*, lo que impulsaba a nuestros Tribunales, como regla general, a desconocer las pretensiones indemnizatorias que pudieran originarse en razón de la materia que aquí estudiamos: la técnica de distinción entre actos de autoridad y actos de gestión es algo que está en la base de la aplicación de la responsabilidad de la Administración, según nuestro sistema tradicional. Y en verdad que tenía que ser muy doloroso para unos ciudadanos que constataran el funcionamiento no del todo correcto de la Administración pública el oír que los Tribunales proclamaban solemnemente que la Administración no puede equivocarse. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1898 (46) dice expresivamente: «La obligación de indemnizar un daño que un tercero causare a otro por culpa o negligencia se funda, como lo evidencia la misma Ley 3.^a, título 15, partida 7.^a, y las reglas de Derecho invocadas por el recurrente, en que la persona obligada sea, por culpa o negligencia propia, participe en la acción u omisión del tercero causante del daño, siguiéndose de ello que el Estado, por virtud de tales disposiciones legales, no es responsable de los daños que resultaren a los particulares a consecuencia de los actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo, pues *no cabe suponer por parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes...*»

La misma sentencia (civil), utilizando la técnica de la doble personalidad del Estado, reconocía expresamente, con argumento bastante alambicado, que «entre los particulares y el Estado, por tanto, no pue-

(46) *Apud* RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, IV, Madrid, 1951, pág. 5.941.

den surgir relaciones de orden privado regidas por el Derecho civil, salvo el caso de que el mismo Estado obre como persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones». El sistema jurídico vigente nos ofrecía el siguiente esquema, que hacía realmente muy difícil la admisión generalizada del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Las indemnizaciones por daños y perjuicios, al afectar inmediatamente al derecho de propiedad, era algo que había de estar encomendado a la sacrosanta custodia de los Tribunales (la jurisdicción civil o jurisdicción ordinaria). Se excluía así la competencia de la jurisdicción administrativa. Ahora bien, según la propia Ley Santa María de Paredes, «se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones... en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derecho y obligaciones» (párrafo 2.º del art. 4.º). Por consiguiente, la ficción de la personificación privada de la Administración, que en una época pudo tener un carácter progresivo respecto de los administrados, servía ahora para recortar considerablemente las posibilidades de responsabilidad patrimonial de la Administración (47). En efecto, en cuanto la Administración salía fuera de esa categoría artificiosa de su personalidad privada podrían entender los Tribunales ordinarios que al estarse ante actos administrativos, o una actuación de la Administración «como poder», no eran ellos competentes para enjuiciar tales supuestos. Pero, por otro lado, los Tribunales contencioso-administrativos podían también alegar que la propiedad era un derecho civil y no un derecho administrativo, proclamando así su falta de competencia.

Pero sigamos el hilo de nuestro argumento. Queremos destacar ahora que la responsabilidad derivada de relaciones de Derecho privado —usemos para simplificar la terminología legal— tenía posibilidades suficientes para haberse impuesto (observemos, por de pronto, el normal funcionamiento de la responsabilidad contractual). Lo que hacía falta era poner énfasis en el reconocimiento de la responsabilidad fuera de las relaciones de Derecho privado, esto es, convenía proclamar que la Administración podía ser responsable por la mera realización de su gestión. Esto es lo que hizo la LEF en su artículo 121. El problema ya estaba, por tanto, resuelto en nuestro Derecho positivo.

6. Según entiendo, uno de los defectos más grandes del artículo 41 LRJ, que venimos comentando, es el haber escindido en dos pla-

(47) Tendríamos aquí, por tanto, un buen ejemplo de la ambivalencia o plurivalencia que pueden ofrecer las técnicas jurídicas a tenor de las diversas circunstancias.

nos el ámbito de la responsabilidad patrimonial, sin proporcionar como contrapartida unos criterios firmes y sólidos en que tal dislocación hubiera de apoyarse. El resultado efectivo ha sido el de preparar el terreno para volver a caer en la ficción de la doble personalidad del Estado, mantenida durante tantos años en nuestro Derecho, y que parecía haber sido desterrada definitivamente por la Ley de lo Contencioso de 1956, e incluso por el artículo 1.º de la LRJ. El Considerando que seguidamente transcribimos de la recientísima sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1963 (Arz. 3.334), constituye una prueba terminante de cuanto venimos diciendo. Dice, en efecto, el Supremo: «*Que ante la invocación que hace la Compañía recurrente del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, conviene advertir que la regulación de la responsabilidad del Estado contenida en el título IV de aquella Ley se realiza a través de un doble concepto, en que el Estado cubre los riesgos que para los particulares puede entrañar su actividad; uno considerándolo en ejercicio de una función pública típicamente administrativa, y otro, obrando como persona jurídica, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones; al primer aspecto atiende el artículo 40 de la mentada Ley, distinguiendo en este caso la responsabilidad del Estado según que la lesión en los bienes y derechos de los particulares sea consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos (ejemplo, los daños a que se refiere el capítulo II del título IV de la LEF de 16 de diciembre de 1954), o que se produzca por el funcionamiento anormal de tales servicios; y al segundo aspecto, o sea, a la consideración del Estado como persona jurídica, atiende el artículo 41 de la misma Ley; existiendo cuestión administrativa o cuestión civil según sea una u otra la responsabilidad.*»

El texto que acabamos de transcribir podría pertenecer perfectamente a una sentencia dictada bajo la vigencia de la Ley de lo Contencioso anterior. Aparte de todas las razones doctrinales que se puedan alegar —y son bastantes—, de las que, sin embargo, vamos a prescindir aquí, el Considerando transcrito desconoce la existencia del artículo 1.º LRJ, en el que se proclama tan decididamente la personalidad jurídica única de la Administración para el cumplimiento de sus fines. Se trata, por consiguiente, de un Considerando realmente retrógrado, que trata de mantener una doctrina que hoy ya no tiene argumentos lógicos en favor de su mantenimiento. Pero, además, lo peor de la vuelta de esta doctrina es tanto su falta de consistencia intrínseca cuanto los efectos perjudiciales que puede producir. Porque vemos, en efecto, en el caso de

la sentencia aludida, que la remisión a la teoría de la doble personalidad de la Administración se introduce ni más ni menos que para afirmar la incompetencia de la jurisdicción administrativa.

Se trataba en el caso de autos de una reclamación dirigida al Ministerio de Comercio por una Compañía de Seguros, ya que un vehículo asegurado por esta última había sufrido daños por un vehículo de la Comisaría de Abastecimientos, alegándose culpabilidad de este último vehículo. El Tribunal Supremo deniega tal petición, acudiendo a la ficción ya señalada. Veamos exactamente el contenido del Considerando siguiente al antes transcrito: *«Que el encuadrar, como hace el recurrente, la responsabilidad del Estado en el caso de autos en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico supone separarse del presupuesto legal a que el mismo precepto se refiere, porque la lesión sufrida en sus bienes no es consecuencia del funcionamiento de servicios públicos, pues la finalidad del Parque de Automóviles al atender a las necesidades de desplazamiento de organismos oficiales no es prestar un servicio público administrativo con una regulación jurídico-administrativa de carácter especial y la consecución de una finalidad general; por lo que cabe concluirse que no existe en este caso reglamentación administrativa que se hubiese infringido, ni acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo, sino tan sólo una relación de orden privado, que, aunque puede originar responsabilidad patrimonial del Estado, será exigible con fundamento en Derecho civil como cuestión de tal índole, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.»*

También en este Considerando se repiten argumentos diversos, que si fueron demasiado frecuentes bajo la vigencia de la Ley anterior, hoy no tienen ya ninguna significación. Lo que es claro y manifiesto es que no hay aquí ninguna relación de orden privado, como dice la sentencia; no está actuando el Estado en relaciones de Derecho privado, en el sentido que ya dijimos había que interpretar la LRJ, sino que, por el contrario, el daño producido —una vez que se ha demostrado el daño y que es imputable al vehículo del Parque Móvil— es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en consecuencia, en definitiva, de la actuación administrativa corriente (48).

(48) Lo más sorprendente de este caso y que no presenta fácil justificación —al menos tal como aparece del texto de la sentencia que hemos manejado— es que se impone al recurrente la condena en costas por el hecho de haber recurrido. Dice así el último Considerando de la sentencia en cuestión: *«Que la desatención a los razonamientos claros y precisos de la Orden ministerial de 31 de julio de 1962 (que es la que se recurrió ante el Supremo) resolviendo negativamente el recurso de reposición a que el recurrente fué remitido, supone una manifiesta temeridad en la interposición de su demanda con-*

Además, la misma sentencia reconoce expresamente que, aun siendo «tan sólo una relación de orden privado, que, aunque puede originar responsabilidad patrimonial del Estado, será exigible con fundamento en Derecho civil como cuestión de tal índole». O sea, que se admite la posibilidad de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, la responsabilidad patrimonial no tiene que ser civil o administrativa; tiene que ser simplemente una responsabilidad, un deber de resarcimiento, admitido por el ordenamiento jurídico (49). Ya hemos hablado antes de la sustitución del erróneo criterio de la Ley Santamaría de los derechos civiles o administrativos. No tiene ningún fundamento el seguir diciendo hoy que los problemas referentes a la propiedad son problemas civiles, que se excluyen, por tanto, del ámbito de la jurisdicción administrativa. Sin volver a insistir ahora sobre argumentos de tipo teórico, recuérdese, a modo de ejemplo, toda la problemática de la expropiación forzosa, que tan ocupada trae a la Sala 5.º del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, por tanto, en la que se están afrontando constantemente problemas decisivos para la propiedad.

IV

Llegados a estas alturas, quiero expresamente llamar la atención sobre una faceta de la problemática que venimos examinando.

1. La responsabilidad patrimonial de la Administración es algo reciente en nuestro Derecho. Se señalarán todos los antecedentes que se quieran, se indicarán todas las posibilidades que estaban abiertas, pero el hecho cierto es que su admisión de hecho, real y generalizada, es algo muy reciente, que si empieza con la LRL para los entes menores, se consagra de forma general a partir de la LEF. Se trata, por tanto, en definitiva, de una innovación, algo que se incorpora a partir de este momento a nuestro sistema jurídico. Toda innovación tiene que resolverse una serie de problemas que se van a plantear. Uno de los problemas planteados al generalizarse el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el de la competencia jurisdiccional. La Ley de lo Contencioso había resuelto claramente el problema, que

tencioso-administrativa que aconseja la imposición de las costas de este proceso...» Recuérdese la excepcionalidad con que se impone en la jurisdicción administrativa la condena en costas a los recurrentes.

(49) Este problema proyecto estudiarlo especialmente en un próximo trabajo.

ha vuelto a quedar abierto, sin embargo, con la LRJ. Pues bien, yo quiero insistir en que se trata de un problema que debe ser resuelto de forma tajante, definitiva y clara. Insisto de esta manera por el temor de que pueda repetirse la situación de inseguridad, de incertidumbre, de desconfianza, que se ha producido en otros sectores, y concretamente en el sector de la contratación administrativa (50). PARADA VÁZQUEZ (51) ha referido recientemente la pugna que viene durante ya más de un siglo surgida a propósito del reparto de competencia con respecto a los contratos administrativos, problema que todavía está pendiente en la actualidad. Los resultados de dicha pugna, por lo que respecta a inseguridad jurídica, a desconfianza en la Justicia, son manifiestos. De ahí que quiera llamar la atención para que se adopte una conducta decidida que evite el caer también aquí en situación tan poco defendible. Ya hemos visto, al comentar la sentencia de 28 de junio de 1963, que el peligro que señalamos no es una simple posibilidad, no es algo meramente en potencia, no es simple hipótesis, sino que ofrece ya manifestaciones positivas. La misma sentencia nos pone de relieve que va a ser muy difícil que sean las distintas Salas quienes alcancen por sí la solución deseada, ya que no les será fácil a los Tribunales desprenderse radicalmente de una serie de viejos criterios, inadecuados y superados ya, pero que están allí, en un pasado muy inmediato, con la amenaza de ser recordados siempre. Me refiero, por ejemplo, a la vieja distinción de los derechos administrativos o de los derechos civiles, al criterio de la doble personalidad del Estado, a la exigencia de un acto administrativo —en sentido técnico— para abrir paso a la jurisdicción administrativa, al criterio de la violación de un Reglamento administrativo como presupuesto para acudir a la vía contenciosa, etc., etc. Son todas ellas técnicas que hoy ya no nos dicen nada, que no nos sirven para nada, pero que siguen estando al alcance de unos Tribunales que admiten con cierta facilidad la excepción de incompetencia. Pero, además, las razones iniciales que pudieran informar la polémica de las competencias entre los que entonces eran los Tribunales ordinarios y la naciente jurisdicción administrativa ya no se pueden traer a colación, como vimos.

(50) Destacando lo inconsistente e indefendible de tales situaciones, vid. GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa*, 9 ss. y 12 ss.

(51) PARADA, *Los orígenes*, 123, habla expresamente de *peregrinaje de una a otra jurisdicción*, e incluso cita (pág. 13) el caso pintoresco de dos sentencias, una civil y otra contencioso-administrativa, publicadas el mismo día en el «Boletín Oficial del Estado», que resuelven en sentido rigurosamente contrario exactamente el mismo problema (la calificación de los contratos de arrendamiento de cantinas ferroviarias).

Las diferencias de criterio, la pugna por la defensa de una propia competencia —suponiendo que no se trate de un excesivo celo en renunciar a unas actuaciones por respeto de la competencia ajena— sólo pueden estar informados hoy por unos criterios muy diferentes a los tradicionales. Se tratará, quizá, de pugnas o rivalidades entre diferentes Salas. El caso es que de ninguna forma se justifica una situación que pueda crear tales ocasiones de inseguridad, sobre todo cuando la tendencia parece ser la de abstención a entrar en el fondo de los casos.

2. ¿Cuáles pueden ser entonces los remedios para hacer frente a la situación que venimos criticando? Vamos a tratar de examinar las diferentes posibilidades de solución. Quiero, sin embargo, señalar desde ahora, aunque con ello anticipemos conclusiones, que si al afrontar ciertos problemas sucede a veces que las perspectivas de solución son escasas y poco halagüeñas, el problema que nos ocupa ofrece, en cambio, solución. Aunque, claro está, aquí, como en todas partes, la solución exige casi siempre, como presupuesto, la adopción de una conducta para alcanzarla. Si el maná caía del cielo, con las soluciones no suele suceder lo mismo, sino que es menester ir a buscarlas; caso contrario, el resultado es que se instala como solución definitiva cualquiera de las posibles respuestas a un problema sin que haya ninguna garantía de que sea la mejor o, al menos, una de las menos malas.

Recordemos que lo que se trata de evitar es esa situación de incierta dicotomía; no puede quedar en el aire la duda de si los pleitos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado habrán de tramitarse ante la jurisdicción civil o ante la administrativa. Hemos de partir para resolver el problema de los datos existentes. En este sentido, el artículo 41 LRJ, que sienta el criterio central, es, por otra parte, como vimos, el que ha venido a complicar todo el problema.

a) La primera solución posible es la de que los propios Tribunales resolvieran el problema, creando una casuística que pudiera ser seguida sin dificultades. Ahora bien, esta casuística habría de tener un sentido uniforme. No queremos decir que las soluciones de las jurisdicciones hubieran de quedar petrificadas, pero sí que tuvieran un grado conveniente de fijeza. Ha sido en esta línea de conducta donde los Tribunales que hoy gozan de mayor fama en el mundo han cosechado sus mejores triunfos. Podrían, en efecto, nuestros Tribunales llegar a la conclusión de que en principio la actuación administrativa haya de ser residenciada ante los Tribunales administrativos, y sólo muy excepcionalmente —ca-

sos de actuación regidos expresa y manifiestamente por el Derecho privado— ante los Tribunales civiles.

Sería ésta la solución más dúctil, la menos brusca, en cuanto se adecuaría a los textos legales vigentes, y no exigiría, por tanto, ninguna reforma legal. Desde este punto de vista es sumamente positiva la resolución del caso del expreso de La Coruña, dada por el Decreto 1.804/1960, de 7 de septiembre, a que antes nos hemos referido. Creo, sin embargo, y lo digo con sentimiento, que esta solución —y ojalá me equivoque— no tiene posibilidades reales de salir a flote. No las tiene por todo el siglo de pugna de competencias que está influyendo como factor muy poderoso en las actuales actuaciones de los Tribunales. Si en un siglo los Tribunales no se han puesto de acuerdo para determinar el reparto de otros supuestos, pocas garantías hay de que ahora vaya a suceder así. Insisto en que la fórmula del artículo 41 LRJ es más factor de confusión que medio de ayuda. No son muchas las sentencias que se puedan alegar para fundar mis reservas, pero las de 26 de septiembre de 1958 y 28 de junio de 1963, antes aludidas, me parecen todo un síntoma.

b) Si se puede esperar poco de una solución que fuera desarrollada por la jurisdicción, habrá que acudir a otro procedimiento para dar cumplimiento a la cuestión planteada. Esto, claro está, caso de que efectivamente se pretenda encontrar una solución. Nos situamos entonces ante la necesidad de una solución legislativa. Si la reforma de una Ley es un problema que hace realmente pensar —y no por vulneradas dejan de tener sentido las conocidas palabras de Domingo de Soto— y que hay que contemplar siempre con todos los respetos, en este caso creo que se justifica la reforma por una razón principal. No sólo por el criterio de la utilidad y necesidad de la reforma —criterio demasiado fácilmente alegado a veces—, sino fundamentalmente por la sencillez de la reforma misma. No se trata, por tanto, de proponer el cambio de toda una Ley, ni de refundir varios textos, sino que la reforma se alcanza con la simple modificación o derogación de un artículo.

a') Prescindiendo ahora del problema formal, detengámonos en el fondo sustancial de la cuestión. ¿Qué solución debe recomendarse? Una posible solución nos la ofrecía el anteproyecto de la LRJ al que antes nos hemos referido. Consiste en señalar la competencia no de forma excluyente, sino de forma potestativa. Es decir, tanto la jurisdicción civil como la administrativa serían competentes. El particular podría utilizar a su discreción una u otra posibilidad. La reforma que en tal caso habría que introducir en nuestro Derecho positivo sería mínima:

bastaría con sustituir dos palabras por una, de forma que la última frase del artículo 41 RLJ, en lugar de decir: «La responsabilidad, en este caso, *habrá de* exigirse ante los Tribunales ordinarios», quedase redactada como sigue: «La responsabilidad, en este caso, *podrá* exigirse ante los Tribunales ordinarios». Esta última redacción era, prácticamente, la del anteproyecto de la Ley. De esta forma, la Ley jurisdiccional continuaba señalando la regla general de atribución genérica a la jurisdicción administrativa, que, aunque quedaba modificada por este artículo de la LRJ, sólo lo sería de forma indirecta y sin que se rompiera el sistema de la Ley jurisdiccional, que es lógico que sea la llamada a establecer el principio general.

b') La segunda posibilidad que ahora se nos ofrece consiste en reintroducir la regulación consagrada por la Ley jurisdiccional, esto es, en extender la competencia con criterios exclusivamente subjetivos, señalando la competencia de los Tribunales administrativos en cualquier caso que haya que exigir responsabilidad a la Administración pública. Se trata, por tanto, de restablecer el sistema de una jurisdicción única. El procedimiento técnico para instalar tal solución sería el de derogar la última frase del artículo 41 LRJ que antes hemos transcrito. De tal forma, continuaría la declaración genérica de responsabilidad de la Administración cuando actúe en relaciones de Derecho privado (52); pero al desaparecer la especialidad jurisdiccional que esta Ley había establecido, se volvería a la normativa anterior, esto es, a la regida por el artículo 3.º, b), de la Ley jurisdiccional.

Estas son, en resumen, las dos alternativas que me parecen viables. Las modificaciones reales necesarias para llegar a ellas son, como hemos visto, mínimas.

c') Queda un último problema por resolver. ¿Cuál de estas dos alternativas parece más razonable y útil? Ambas ofrecen ventajas e inconvenientes, y a primera vista no parece fácil decidirse por una u otra. La atribución en exclusiva a la jurisdicción administrativa supondría la unificación de criterios, al mismo tiempo que la unificación de los trámites procesales (53). Esta parece ser una ventaja importante. Sería realmente poco aleccionador el que a propósito de materias similares la jurisdicción administrativa y la civil consagrasen soluciones diferentes.

(52) Queda aquí sin prejuzgar el problema del mantenimiento o no de este texto. Es una cuestión polémica, pero que aquí no interesa ahora resolver.

(53) De admitirse la posibilidad de acudir potestativamente a una jurisdicción u otra, habría de plantearse a lo vivo el problema de la vía gubernativa en cuanto se exigieran trámites muy diversos para acudir a una jurisdicción u otra.

Aquella solución cuenta, además, con otra ventaja, si tenemos en cuenta la actual organización de nuestros Tribunales. En efecto, en los Tribunales administrativos hay una clara mayoría de Jueces procedentes de la carrera judicial. En las Salas de lo Contencioso de las Audiencias Territoriales habrá de serlo la totalidad de los Magistrados (54) (artículo 21, 2, LJ). En las Salas del Supremo, dos tercios de los Magistrados deberán proceder de la carrera judicial (art. 20, 2, LJ). Este dato puede tener suma importancia a la hora de señalar un criterio para el reparto de competencias. En efecto, se podría objetar quizá que los Tribunales administrativos son Tribunales especializados, y que, por consiguiente, sólo deben tratar materias de su especialidad; entonces sería fácil que, atribuyendo en bloque a los Tribunales administrativos la competencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pudiesen dichos Tribunales verse en la necesidad de fallar materias poco comunes con la de su especialidad; es fácil, en efecto, que, aun estando por medio la Administración pública, puedan surgir conflictos de marcado carácter privatístico. Pues bien, esta objeción queda íntegramente salvada con las consideraciones orgánicas antes expuestas. Los Jueces de los Tribunales administrativos tienen, en su gran mayoría, la misma formación y en muchos casos la misma experiencia que los Jueces de los demás Tribunales. El que tengan una especialización en materia administrativa no es obstáculo para reconocer dicha comunidad de origen. Entonces ya no podrá hablarse del peligro de que los Tribunales administrativos se vean expuestos a fallar en materias extrañas. Después de salvar esta objeción, queda reforzada la opinión favorable al traspaso a la jurisdicción administrativa de toda clase de competencias en materia de responsabilidad civil de la Administración.

Hay otro inconveniente al que convendrá también hacer frente. Se trata de un problema de pura técnica organizativa o de reparto de trabajo. Se alegrará, quizá, que las Salas de lo Contencioso, sobre todo las del Supremo, están sobrecargadas de trabajo y que, por consiguiente, sería poco oportuno incrementar todavía más sus obligaciones. En realidad, éste es el argumento de menos peso de todos los examinados. En primer lugar, porque no iba a ser tanto el aumento de trabajo a experimentar. No olvidemos que en la actualidad corresponden a los Tribunales administrativos todas aquellas materias en las que los daños derivan del funcionamiento de los servicios públicos. Siento no poder ex-

(54) La posibilidad de que haya Magistrados que procedan de la carrera fiscal tras haber hecho la oposición regulada en el artículo 21, 2, b), de la Ley jurisdiccional, me parece indiferente para lo que ahora interesa.

presar estos datos con precisión matemática, pero hoy día es algo comúnmente admitido el aumento de funciones desarrolladas por la Administración pública y, por consiguiente, la cuantía numérica de los supuestos de responsabilidad derivados del funcionamiento de los servicios públicos. Comparada, al menos proporcionalmente, con esta cifra, no habría de significar tanta la de los demás supuestos de responsabilidad de la Administración. Téngase en cuenta, además, y por otro lado, que fué precisamente la Ley de lo Contencioso la reorganizadora de todo el sistema de Tribunales administrativos, la que encomendó en exclusiva a estos últimos los problemas de responsabilidad patrimonial de la Administración. Este argumento me parece también de peso. Hay que decir, además, en última instancia, que si las Salas de lo Contencioso del Supremo están sobrecargadas de trabajo, son numerosas las cuestiones de mucha menor importancia que las que ahora nos ocupan que podrían ser encomendadas a otras instancias o a otros Tribunales.

Esta solución encuentra otro argumento de peso a su favor. Es el de unificar la disparidad de régimen vigente en la actualidad con respecto a la Administración del Estado y las demás Administraciones. En efecto, el criterio unitario introducido por la Ley de lo Contencioso de 1956 se aplica indistintamente a todas las Administraciones públicas. Sabido es el alcance amplísimo que da el apartado 2.º de su artículo 1.º a la expresión Administración pública. Por consiguiente, a partir de dicha Ley pasan indistintamente a los Tribunales administrativos todos los problemas de responsabilidad de los Municipios (55), por ejemplo. Hemos hablado largamente de la novedad introducida por la LRJ y creo que su alcance y significado habrá quedado suficientemente claro. Ahora bien, aunque es una observación obvia, hay que recordar ahora que esta última Ley se refiere a un sector muy específico de las Administraciones públicas; se refiere, en concreto, a la Administración del Estado: *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* se llama exactamente. El título IV, donde se regula la responsabilidad, lleva como denominación expresamente «De la responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios». A mayor abundamiento, el artículo 41, tantas veces aludido, comienza con la siguiente fórmula: «Cuando

(55) Parece obvio recordar que nos venimos refiriendo a la responsabilidad de la Administración, lo que la doctrina tradicional venía llamando responsabilidad directa de la Administración, quedando, por tanto, fuera de nuestro estudio las cuestiones de responsabilidad de funcionarios o autoridades. Parece, sin embargo, que el artículo 379 del Reglamento de Organización, que más arriba transcribimos en la nota 38, continuará en vigor.

el Estado actúe en relaciones de Derecho privado...». Es, por tanto, inequívoco que la regulación de la LRJ afecta tan sólo a la Administración del Estado. Pero, como sabemos, en nuestro panorama jurídico existen, junto a la Administración del Estado, un gran número de Administraciones públicas. Para estas últimas continuaría vigente la Ley jurisdiccional y regiría la regla de concentración de competencias en los Tribunales administrativos (56), mientras que por aquélla la regla sería la dislocación de competencias (57). Ahora bien, si consideramos el problema objetivamente y con la serenidad debida, se pone de manifiesto que no hay ninguna razón para introducir y para mantener esa dualidad de regímenes públicos (58). Entre la Administración del Estado y las Administraciones menores hay, desde luego, importantes diferencias. Hay también grandes notas comunes a las que es sensible el Derecho positivo, señalando una regulación unitaria. La concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa es la mejor prueba de ello. Pues bien, el punto que ahora nos interesa es de aquellos que no sólo no exigen una regulación diferente, sino que aconsejan más bien una regulación conjunta. Así lo había dispuesto ya la Ley jurisdiccional (59).

(56) En relación con los organismos autónomos, habrá que tener en cuenta el primer párrafo del artículo 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958: «Contra los actos, no sujetos al Derecho administrativo, de los organismos autónomos, podrán los interesados ejercitar ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, en la misma forma y con los requisitos establecidos a este respecto por la Administración centralizada.» Este artículo plantea numerosos problemas, que no vamos a estudiar aquí; queremos sólo advertir que la última frase del texto puede quizá darnos la clave para el problema de que nos venimos ocupando, en cuanto que podía entenderse que lo regulado para la Administración del Estado —la Administración centralizada, como dice el texto— se impondrá también para los organismos autónomos.

(57) Para ENTRENA, *La Ley de Régimen Jurídico*, 286, «el resultado será que en lo sucesivo la responsabilidad de la Administración Central se regirá por los preceptos de la Ley de Régimen Jurídico, y en cuanto a la de los entes locales, será necesario distinguir entre las relaciones de Derecho público y las de Derecho privado. En aquéllas habrá que acudir a la Ley de Expropiación Forzosa; en éstas, dado que no son objeto de la misma, continuará teniendo vigencia la Ley de Régimen Local».

(58) Es éste un nuevo argumento para alentar la sospecha de que al elaborar la LRJ no tuvo en cuenta el legislador la Ley jurisdiccional. No se ve cuáles puedan haber sido los criterios para apoyar tal disparidad de regulaciones.

(59) Según las líneas de reforma que propone GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa*, «la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente en cuantas controversias fuera parte la Administración pública *subjetivamente* considerada» (pág. 16); proponiéndose también «la absoluta unificación del régimen de la responsabilidad, la cual debe regirse por las normas propias para todos los casos de actuaciones de la Administración» (pág. 18).

V

El haber estudiado desde esta perspectiva los problemas de responsabilidad nos permite destacar ahora, antes de terminar, un problema que, si bien en cierto sentido marginal con el hilo de nuestro estudio, estimamos es de suma importancia.

El que se encomienden a la jurisdicción contenciosa los problemas de responsabilidad patrimonial de la Administración es una circunstancia que nos anuncia la evolución que va a tomar necesariamente dicha jurisdicción en fecha próxima. Seguramente el artículo 3.º, b), realizaba la atribución de competencias de forma un tanto inconsciente, sin caer seguramente en la cuenta de las grandes transformaciones que estaba potenciando. Es evidente que, en este punto, la Ley no hace sino adaptarse a lo que había sido introducido ya con anterioridad y que logra su punto culminante con la regulación de la LEF. Un contencioso que conozca de acciones de responsabilidad es muy diferente de un contencioso destinado a revisar actos administrativos (o disposiciones, de acuerdo con la ampliación de criterios introducida por la Ley). De ahí que las posibilidades que con arreglo a la responsabilidad se han introducido son un resquicio importantísimo por donde se ha de superar el planteamiento tradicional de la jurisdicción contenciosa. Todo esto que señalamos es algo que se aparta fundamentalmente del esquema clásico, todavía recogido por las siguientes palabras del Preámbulo de la Ley de lo Contencioso: «El texto legal configura la jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo. Conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que... es la tradicional y comúnmente admitida, de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo. Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se persigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora, en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración. El proceso ante la jurisdicción contencio-

so-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional.»

Toda la concepción tradicional que estas palabras nos reflejan —sin perjuicio de que traten de superarse ciertas limitaciones de la misma— insiste en concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una jurisdicción —digámoslo un tanto simplemente— revisora de actos administrativos. Para poder acudir a la jurisdicción es preciso, por consiguiente, que haya una actuación administrativa que se impugne y que esa actuación administrativa sea precisamente un acto administrativo (60). Tal concepción se observa perfectamente a lo largo de todo el sistema de la Ley, y ya desde el artículo 1.º A la hora de regularse la legitimación, se contempla necesariamente como legitimación «para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, por lo menos, «y en su caso la anulación de los actos... de la Administración». Así lo regula expresamente el artículo 28, donde se incluye también la posibilidad de que «se pretendiese, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma...»; pero nótese bien que esta posibilidad se configura como un plus: «además», dice expresamente el texto.

La misma conclusión se deduce también de la regulación que de las pretensiones de las partes hace la Ley. «El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente» (art. 41). Se está contemplando, por tanto, como supuesto normal el pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y ya como regla no tan general —en su caso— la anulación de

(60) El sistema manifestó sus inconvenientes con respecto a la no resolución de la Administración pública, lo que intentó salvarse con el instituto de silencio administrativo. El preámbulo de la Ley jurisdiccional afirma expresamente: «La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo...» Por cierto que no deja de ser característico que este instituto se califique precisamente como de acto administrativo presunto, lo cual no deja de ser una construcción que, si es muy útil prácticamente, en el terreno de los principios denota la quiebra del sistema. NIETO ha señalado recientemente los inconvenientes derivados de esta concepción, examinando los numerosos problemas que plantea la llamada *inactividad de la Administración*. Vid. su trabajo *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo* en el núm. 37 de esta REVISTA (1962), 75 ss., trabajo de cuya problemática se hace eco recientemente GARRIDO FALLA en el tercer tomo de su *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1963), quien, después de estudiar el silencio administrativo, dedica un epígrafe a la *inactividad de la Administración* (págs. 85 ss.).

los actos. Sólo en el artículo siguiente se regula la posibilidad de que se pretenda el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Pero tampoco se trata ahora de algo independiente, sino que «la parte demandada... podrá pretender, además de lo previsto en el artículo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada...». Llegamos a la misma conclusión que antes: hay que pretender siempre la anulación o declaración de ilegalidad de los actos; *además*, se pueden pretender otras cosas determinadas, pero siempre como un plus.

Examinemos, por último, la regla contenida en el artículo 84, acerca de las sentencias. Aquí se completan ya, expresamente, los supuestos de responsabilidad, al contrario de lo que sucedía en los dos casos anteriores. «Cuando la sentencia estimare el recurso: *a)* declarará no ser conforme a Derecho, y en su caso anulará el acto o disposición; *b)* si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma; y *c)* si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados, y quedará diferida al período de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos, salvo lo dispuesto en el artículo 79, párrafo 3.º»

Este precepto es ciertamente importante con respecto al punto que ahora interesa. Se reconoce ahora expresamente la necesidad de que la sentencia se pronuncie con respecto a la responsabilidad. Ahora bien, la responsabilidad podrá efectivamente derivarse de un acto administrativo; entonces la estructura del contencioso no se altera. Pero es también perfectamente lógico que la responsabilidad nada tenga que ver con un acto administrativo (61), ni siquiera con una actividad de la Administración, por derivarse de una omisión de la misma (62). En este caso no cabe ninguna duda que si la responsabilidad surge será perfectamente exigible y podrá ser residenciada ante los Tribunales administrativos (63). El problema lo contemplaba y lo resolvía positivamente

(61) Seguramente, los casos de responsabilidad derivados del ejercicio de la que se viene llamando actividad técnica de la Administración, para adoptar la terminología tradicional, sean los más numerosos. Así, por ejemplo, todos los supuestos de responsabilidad derivados del funcionamiento de vehículos oficiales. Reconociendo, seguramente, la quiebra que señalamos en el texto, el artículo 40, 3, LRJ, admite que la lesión fundamental de la responsabilidad pueda ser consecuencia «de hechos o de actos administrativos».

(62) Vid. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO; *Actos administrativos generales y Reglamentos*, en el núm. 40 de esta REVISTA (1963), 236 s.

(63) Es decisivo en este sentido el artículo 3, b), LJ, que atribuye al conocimiento

te, si bien sólo de pasada, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña de 10 de octubre de 1961 (64): «En el Derecho administrativo, el concepto de «acto» como presupuesto objetivo del proceso contencioso-administrativo es limitado al obrar u omitir estrictamente jurídico de la Administración pública, quedando excluidas del mismo las actuaciones u omisiones de hecho, puramente materiales, que nunca pueden ser, *excepto en el supuesto de pretensión indemnizatoria*, objeto del conocimiento judicial contencioso-administrativo...»

Está claro, por tanto, que al sostener una pretensión indemnizatoria no hay por qué tratar de impugnar un acto administrativo. Creo, por consiguiente, que en esta dirección aguardan pasos importantes por recorrer a nuestro contencioso-administrativo. Sería ciertamente curioso, a la par que paradójico, que unos Tribunales que han llegado a ser judicialistas por su estructura y por su formación, como recordábamos al principio, llegaran a asemejarse también a los Tribunales civiles en razón de la similitud del proceso de que conoce cada uno de ellos (65). No podemos detenernos aquí en examinar toda esta serie de problemas planteados. Quede ello para mejor ocasión. Sólo quiero recordar, para terminar, que nuestras afirmaciones no pierden sentido por la existencia de la vía administrativa previa.

de los Tribunales, con fórmula genérica y amplia, «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración».

(64) Transcrita en la «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», núm. 1, 220.

(65) El cejar de considerar al proceso contencioso-administrativo como un proceso revisor de actos administrativos me parece un paso decisivo en este sentido. Recuérdese que es justamente aquí (contra lo que la LRL y el texto refundido de 1952 de la Ley de lo Contencioso-administrativo pretendían, impulsadas por una doctrina errónea) donde en Francia se habla de proceso «de plena jurisdicción», como distinto del ordinario proceso «de anulación»; esa supuesta plenitud de jurisdicción está medida justamente por el rasero de los Tribunales ordinarios.

JURISPRUDENCIA

