

AVANCES Y RETROCESOS EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRAS LA REFORMA DE LA LEY 30/92

Por
MIRIAM CUETO PÉREZ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. AUSENCIA DE REGULACIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES IMPORTANTES.—3. LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—4. EL NUEVO CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE: UN RECORTE IMPORTANTE A LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL: 4.1. *El concepto de lesión como fundamento de la responsabilidad administrativa.* 4.2. *Funcionamiento normal y asistencia social.*—5. MOMENTO DE VALORACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD.—6. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO ACTÚA SOMETIDA AL DERECHO PRIVADO.—7. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—8. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA.—RECAPITULACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, llevada a cabo por la Ley 4/99, de 13 de enero, ha incorporado algunas novedades en materia de responsabilidad patrimonial, novedades cuya valoración difiere según los casos, y que han traído tanto luces como sombras a este instituto jurídico. La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas contenida en la Ley 30/92 no supuso una ruptura con el sistema de responsabilidad establecido, primero, por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF) y, posteriormente, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE). Previamente, el texto constitucional en su artículo 106.2 había hecho suyo sin grandes alteraciones el contenido del artículo 40 de la LRJAE, elevando a rango constitucional el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufriesen en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuese consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, lo cual obligaba al legislador de 1992 a regular la materia de forma similar a como lo había hecho el legislador de 1957.

La regulación establecida en la Ley 30/92 introdujo una serie de novedades como la referencia, por primera vez, a la responsabilidad del Estado legislador, la introducción de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, el concepto de lesión resarcible, el cómputo del pla-

zo de prescripción, los criterios de valoración de la indemnización, la consideración como responsabilidad administrativa de la responsabilidad de la Administración cuando actuaba sometida al Derecho privado o la imposibilidad de dirigir la reclamación de responsabilidad directamente contra el personal al servicio de la Administración, aunque la lesión se hubiese producido a consecuencia de su actuación. Esta regulación era, sin embargo, claramente mejorable en algunos aspectos: la responsabilidad del Estado legislador se incluía en términos muy restrictivos; la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas quedaba reducida a las fórmulas colegiadas de actuación; el cálculo de la cuantía se hacía con referencia al día en que la lesión se produjo y no al momento de ejecución de sentencia, que era el modo de valoración que había establecido la jurisprudencia; faltaba la regulación de la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración, y nos encontramos con una más que dudosa redacción de los preceptos dedicados a la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas. Estas carencias no han sido totalmente subsanadas por la reforma que ahora contemplamos, al menos en su mayor parte, y a éstas se han añadido otras incluso de mayor envergadura, para las que habrá que reclamar una nueva modificación desde este momento. De forma breve vamos a comentar cuáles han sido las reformas y las innovaciones de esta nueva regulación.

2. AUSENCIA DE REGULACIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES IMPORTANTES

Empezaremos señalando que se ha optado de nuevo por no entrar a regular la responsabilidad de concesionarios y contratistas. Esta materia sigue pendiente de una regulación que considere la responsabilidad de estos sujetos frente a los particulares cuando presten servicios públicos sometida al régimen administrativo de responsabilidad dispuesto en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/92. Además, debe mantenerse el criterio establecido para los concesionarios en la LEF, y ser ellos los obligados a responder frente a los particulares, aunque la reclamación fuese dirigida frente a la Administración responsable del servicio o actuación pública, correspondiendo a la Administración solamente una responsabilidad subsidiaria para el caso en que los contratistas resultasen insolventes o una responsabilidad directa cuando la lesión proviniese de una orden directa impuesta por la Administración. Esta regulación al final no ha llegado y para determinar los casos de responsabilidad derivada de la actuación de concesionarios y contratistas habremos de acudir a las normas contenidas en la LEF (arts. 121.2 y 123) y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (arts. 97 y 162), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que como hemos señalado en otro lugar, resultan contradictorias (1). En estos momentos en los que estamos asistien-

(1) *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 315 y ss.

do a un espectacular aumento de la gestión indirecta de servicios públicos a través de particulares es lamentable que el legislador no haya optado por clarificar de una vez por todas el régimen de responsabilidad en estos casos, impidiendo que el modo de gestión de los servicios públicos signifique un recorte en las garantías de los particulares, manteniendo el carácter objetivo y directo de la responsabilidad y evitando el desvío de estos supuestos a la jurisdicción civil (2).

La responsabilidad del Estado legislador se mantiene en el artículo 139.3 tal y como estaba, con lo cual las posibilidades de aplicación real del precepto siguen siendo mínimas, por no decir inexistentes. El precepto recordemos que exige la existencia de un acto legislativo que no tenga encaje en los supuestos expropiatorios; la indemnización sólo tendrá lugar frente a actos legislativos que los ciudadanos no tengan el deber de soportar (requisito un tanto oscuro en cuanto que parece que lo que los particulares, en todo caso, no tendrían que soportar serían los daños que esos actos legislativos les pudieran originar) (3), y, finalmente, el requisito más controvertido, se exige que para que surja la obligación de indemnizar por parte de las Administraciones públicas así lo haya establecido el propio acto legislativo causante del daño, lo cual no aporta nada nuevo pues, evidentemente, la posibilidad para el legislador de establecer o no el derecho a indemnización en la propia norma existía antes y después de la Ley 30/92 (4). Además, está el problema de los daños y perjuicios que sufra un particular a consecuencia de un acto legislativo que posteriormente es declarado inconstitucional, pues en este caso el legislador no habrá establecido el derecho a indemnización, y también estaremos ante una responsabilidad del Estado legislador. Así lo ha reconocido el propio TC (STC 108/1986) señalando que en los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente, el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar (5).

(2) En este sentido, entre otros, M. BELADIEZ ROJO: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997, págs. 75 y ss.

(3) F. GARRIDO FALLA: *La responsabilidad del Estado legislador en la nueva Ley 30/92 y en la STS de 30 de noviembre de 1992*, «REDA», núm. 77, 1993, pág. 128.

(4) En este sentido, el Profesor QUINTANA LÓPEZ ya advirtió en su día que «... los términos que en cada Ley, sea estatal o autonómica, se establezca la indemnización por las lesiones que su aplicación pueda producir, deben obedecer, sin duda, a la voluntad del propio legislador, porque en ello se debe manifestar el ejercicio del poder fiduciario que ostenta, pero esos términos no pueden ser diseñados con total libertad, so pena de reducir a la nada los parámetros expresamente fijados por la Ley 30/92 y, específicamente, por su artículo 139.3; lo contrario sería (...) considerar como algo graciable por el legislador el reconocimiento del derecho a la indemnización», en *La responsabilidad del Estado legislador*, núm. 135 de esta REVISTA, 1994, pág. 128.

(5) Este principio constitucional, sin embargo, ha sido excepcionado con posterioridad; ejemplo de ello es la conocida sentencia del TC 45/89, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del impuesto sobre la renta de la unidad familiar matrimonial. Pese a establecer la inconstitucionalidad del precepto, el TC negó todo efecto retroactivo a la sentencia, cerrando el paso a toda posible reparación de los perjuicios sufridos por los particulares afectados durante la vigencia de la norma.

3. LA RESPONSABILIDAD CONCURRENTENTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En cuanto a la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas se produce la primera novedad. La Ley 30/92 había regulado por primera vez la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas en su artículo 140, señalando que: «*Cuando de la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria*». La restrictiva redacción de este precepto no cubrió las expectativas creadas, impidiendo que esta cuestión pudiese considerarse definitivamente resuelta (6). Este precepto fue objeto de crítica, ya que el mismo no establecía la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas en toda su extensión, como hubiera sido deseable, sino que se limitaba a «... *la gestión dimanante de fórmulas colegiadas de actuación*», por lo que habría que determinar qué tipo de actuaciones conjuntas daban lugar a una de estas fórmulas y cuáles no, dependiendo de ello la posibilidad de exigir una responsabilidad concurrente y solidaria. El Consejo de Estado previamente había señalado que la rúbrica que precede al artículo 140 de la Ley (responsabilidad concurrente de las Administraciones) «*es más ambiciosa que el contenido del precepto, pues éste se refiere, como dice inequívocamente, a las fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones Públicas, y las posibilidades de responsabilidad concurrente no se agotan obviamente en estas fórmulas*» (7).

La nueva redacción del precepto trata de dar solución a esta cuestión, señalando que cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. La expresión «*fórmulas conjuntas de actuación*» es susceptible de recoger cualquier actuación en la que intervengan varias Administraciones públicas, con lo cual se trata de evitar que habiendo intervenido varias Administraciones en la producción de una lesión al particular sea una sola la que asuma el deber de indemnizar. En la actualidad, las formas de colaboración, de participación o de cooperación que se pueden establecer entre los diferentes entes públicos admiten fórmulas muy variadas y complejas, por lo que todas ellas deben encontrar acomodo en el precepto a la hora de fijar la responsabilidad frente a los particulares.

El precepto anterior se complementaba con el artículo 18 del Reglamento, que establece que «... *la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento será la fijada en los Estatutos de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida*

(6) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1996, pág. 184; L. PAREJO ALFONSO (COORD.): *Manual de Derecho Administrativo*, 5.ª edición, Ariel, 1998, vol. I, pág. 693.

(7) Dictamen núm. 3/1993, de 11 febrero 1993.

a la Administración pública con mayor participación en la financiación del servicio». Ahora, en el propio precepto de la Ley se señala que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas (por ejemplo, un convenio de colaboración). Además, en el caso de que no exista ese instrumento jurídico la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. A través de estos criterios los tribunales deberán fijar la cuantía de la indemnización que corresponde abonar a cada una de las distintas Administraciones intervinientes. Cuando no sea posible utilizar estos criterios, la responsabilidad será solidaria. Hay que señalar, por tanto, que pese a que la idea inicial y final del precepto es que la responsabilidad sea solidaria, ésta sólo tendrá este carácter de forma residual, ya que si hay un instrumento jurídico que regule la actuación conjunta de las distintas Administraciones habrá que estar a lo dispuesto en él, y si no lo hay o éste no hace mención alguna a la responsabilidad, habrá que hacer la distribución de responsabilidad atendiendo a los criterios fijados en el artículo 140.2; sólo cuando no sea posible dicha determinación la responsabilidad será solidaria.

4. EL NUEVO CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE: UN RECORTE IMPORTANTE A LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL

4.1. *El concepto de lesión como fundamento de la responsabilidad administrativa*

El fundamento jurídico de la responsabilidad pública se halla en el concepto de lesión. Las legislaciones que hasta la fecha habían venido regulando la responsabilidad de la Administración emplean todas este término (art. 121 LEF, art. 40 LRJAE, art. 106 CE y art. 139.1 Ley 30/92); no hablan de daños, sino de lesión. La elaboración de este concepto se debe en la doctrina al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (8), quien tempranamente lo expuso a raíz de la regulación que de la responsabilidad patrimonial del Estado hizo la LEF. La responsabilidad de la Administración no surge ante cualquier perjuicio, no todo perjuicio es una lesión. Cuando estamos usando el término lesión nos estamos refiriendo a un concepto mucho más restrictivo que el de perjuicio, pues mientras que éste tiene un carácter meramente económico, supone una merma patrimonial que ha de ser reparada, la lesión connota un carácter normativo. Lesión será todo perjuicio causado a un particular que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la legalidad vigente. Sin embargo, si bien a nivel doctrinal el con-

(8) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, 1984, reedición de la que en 1956 publicara el Instituto de Estudios Políticos, págs. 163 y ss., así como en *La responsabilidad del Estado por el comportamiento ilegal de sus órganos*, «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», núm. 7, págs. 19 y ss.

cepto de lesión quedó configurado en la década de los cincuenta, la jurisprudencia tardó mucho tiempo en fundamentar sus decisiones en este concepto, haciendo rara vez mención del mismo y sin detenerse en el estudio de la antijuridicidad del daño (9), aunque es cierto que desde hace algunos años se ha superado esta primera actitud y en la actualidad no es difícil encontrar decisiones jurisprudenciales que hagan referencia al concepto de lesión, asumiendo la definición elaborada por la doctrina (10). Hasta la Ley 30/92 la legislación tampoco había reconocido el significado y el alcance del término lesión; sin embargo, el artículo 141.1 incorpora a la Ley la elaboración doctrinal del concepto, estableciendo que:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.»

El concepto de lesión es el fundamento de la responsabilidad de la Administración, sustituyendo a la culpa, que es el fundamento de la responsabilidad civil, y esto es así porque la responsabilidad administrativa se ha configurado con carácter objetivo. La Administración responde por el funcionamiento de sus servicios públicos tanto si el funcionamiento ha sido anormal como si éste ha sido normal, es decir, sin que medie un mal funcionamiento por parte de las Administraciones públicas, salvo los supuestos de fuerza mayor.

4.2. *Funcionamiento normal y asistencia social*

La aceptación del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración no se produjo de la noche a la mañana. Fue necesario que los tribunales fueran poco a poco haciéndose eco de las posibilidades y de la verdadera extensión de la legislación vigente. No podemos olvidar que el hecho de condenar a la Administración cuando su comportamiento no era irregular causaba ciertos reparos, y aún los sigue causando. Hoy día incluso podemos hablar de una vuelta atrás, que ha sido reflejada en la reforma que estamos comentando. Tras mantener el concepto de lesión en los mismos términos que en la redacción anterior, el nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/92 señala que *«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes pueden establecer para estos casos»*. Vamos a tratar de entender cuáles son las razones que han llevado a esta matización del legislador, que, a nuestro juicio, va a suponer un recorte en

(9) J. SALAS: *Ordenación de precios y responsabilidad administrativa*, «REDA», núm. 2, 1975, págs. 227 y ss. Este autor resalta esta omisión por parte de la jurisprudencia.

(10) Así, entre otras, la STS de 11 de junio de 1993 (Arz. 4375).

las garantías de los particulares que incluso puede plantear alguna duda de constitucionalidad. En primer lugar hay que decir que si en un primer momento la valoración del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración por parte de la doctrina fue positiva, el transcurso de los años ha hecho que lo que parecía no ofrecer dudas, en la actualidad se haya matizado, e incluso se haya empezado a cuestionar si no estaremos ante una institución que se ha desbordado, apareciendo como algo difuso en donde puede tener cabida casi cualquier cosa, con el único y último fin de conseguir una indemnización del Estado. Se ha hablado de la necesidad de limitar la responsabilidad de la Administración si no queremos llegar a una situación en la que lejos de beneficiar a los administrados, se les estaría cargando con unos costes sociales muy elevados, sin que resulte nada claro hasta qué punto estarían obligados a contribuir a su soporte. En relación con esto, a nuestro juicio, la institución de la responsabilidad patrimonial estaba lejos de desbordarse. A pesar de que la Ley incluye como títulos de imputación tanto el funcionamiento normal o anormal de servicios públicos y el artículo 106.2 de la CE se refiere de forma genérica al funcionamiento de los servicios públicos, las posibilidades de hacer responder a la Administración son bastante mayores cuando estamos ante un caso en el que el funcionamiento del servicio ha sido defectuoso. Un análisis jurisprudencial detenido no nos permite afirmar que los tribunales hayan admitido, plenamente y sin reparos, la responsabilidad del Estado cuando los daños se producen mediando un funcionamiento normal del servicio; la anormalidad del funcionamiento se utiliza una y otra vez como un refuerzo a la imputación. El TS argumenta constantemente sobre el buen o mal funcionamiento de los servicios, aceptando las pretensiones indemnizatorias de los particulares cuando el funcionamiento ha sido anormal y defectuoso, y denegándolas cuando al final de sus razonamientos llega a la conclusión de que el servicio ha cumplido con el rendimiento exigido. La doctrina también ha sido consciente de que nuestro más Alto Tribunal no es tan proclive a conceder indemnización cuando el funcionamiento del servicio es normal que cuando éste es anormal (11).

Nos encontramos ante un sistema que se apoya de forma mayoritaria en la idea de culpa, ilicitud o anormalidad, siendo la excepción el reconocimiento de responsabilidad cuando no concurren estas circunstancias. Esta situación se ha agravado aún más si tenemos en cuenta el amplio número de ocasiones en las que los tribunales civiles han entrado a conocer de supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones pú-

(11) A. JIMÉNEZ BLANCO: *Responsabilidad administrativa por culpa «in vigilando» o «in omittendo»*, «Poder Judicial», núm. 2, 1986, pág. 123. En el mismo sentido, REBOLLO PUIG cuando señala: «no se puede negar que en muchos supuestos sólo se puede justificar la responsabilidad de la Administración por su conducta disvaliosa y que el mismo daño no sería indemnizable si, aunque producido igualmente, no hubiese mediado un funcionamiento anormal y culposo», en *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)*, «Poder Judicial», núm. 20, 1990, pág. 49; F. GARRIDO FALLA: *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1993, págs. 321 y ss.

blicas, ya que en estos casos la legislación que se aplica es la contenida en los preceptos del Código Civil, que recogen la responsabilidad con carácter subjetivo, es decir, basada en la idea de culpa. Es necesario señalar que el fundamento de este título de imputación está en último término amparado por el principio de solidaridad y de reparto entre los ciudadanos de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos; si todos se benefician de la prestación de dichos servicios, todos habrán de soportar las consecuencias dañosas que de ellos se deriven. Es por esto que en los últimos tiempos se ha empezado a señalar cómo la cobertura de los supuestos de funcionamiento normal acerca el régimen de la responsabilidad pública al ámbito de la asistencia social (12). Sin embargo, ambos institutos jurídicos no deben ser confundidos; la responsabilidad por funcionamiento normal da derecho a indemnización cuando se hayan cumplido todos los demás requisitos que se exigen en la Ley (nexo causal, posibilidad de imputación a una Administración pública, ausencia de fuerza mayor, producción de una lesión resarcible...), mientras que las indemnizaciones encuadrables en las medidas de asistencia social que adopte el legislador se basan simplemente en la solidaridad social. La tendencia en los últimos años a la socialización del riesgo, tanto en España como en los países de nuestro entorno jurídico, hay que encuadrarla en la búsqueda de la consecución de la justicia social y la realización de la idea de solidaridad como parte de los objetivos a los que debe atender el Estado de Derecho.

Responsabilidad objetiva y garantía social constituyen dominios fronterizos que habrá que separar si no queremos que se desnaturalice la figura jurídica de la responsabilidad administrativa. Son numerosos los supuestos en los que los daños que sufren los particulares no pueden ser atribuidos al funcionamiento de los servicios públicos, si bien es cierto que hoy día resulta casi imposible encontrar una actividad en la que de un modo u otro no esté presente la intervención administrativa, sin que ello pueda llevarnos a declarar en todo caso la responsabilidad de la Administración. Tal vez la existencia en los últimos tiempos de ciertos casos de gran trascendencia económica nos de la respuesta a esta confusión entre responsabilidad objetiva y prestaciones asistenciales. En primer lugar está un supuesto de gran actualidad, como es el caso de la indemnización de las víctimas de la actuación de bandas armadas ampliada a las víctimas de delitos violentos (13). La Administración en estos supuestos huye de la idea de responsabilidad y alude a razones de solidaridad social ante un fenómeno que altera la seguridad ciudadana y la convivencia social (14). El aumento de atentados terroristas en los últimos años, no sólo en nuestro país sino también en todos los demás de nuestro entorno, ha motivado la

(12) L. MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España», *op. cit.*, pág. 31.

(13) Ley 35/95, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

(14) Así se refleja en el Preámbulo del Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979, sobre protección de seguridad ciudadana, primera norma que contempló esta materia en España:

necesidad de una respuesta por parte del Derecho. El Estado, por las razones de solidaridad a las que aludíamos antes y por otras de orden político, ha decidido mediante norma expresa indemnizar a las víctimas de la actuación de bandas armadas. En estos casos, difícilmente se puede decir que las lesiones se derivan de un mal funcionamiento de los servicios públicos; las lesiones se derivan de hechos delictivos que dada su entidad no pueden ser cotrarrestados por las fuerzas de seguridad del Estado, por lo que los supuestos no tienen encaje en la responsabilidad del Estado. La jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado han sido muy claras en este punto, negando en reiteradas ocasiones que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración (15). Otro supuesto también de actualidad que ha traído unas fuertes consecuencias económicas para el Estado ha sido la declaración de responsabilidad del Estado como consecuencia de la condena penal a algunos de sus funcionarios en el caso del aceite de colza. En este sentido, hay que denunciar una tendencia un tanto frecuente de acudir a la vía penal en algunos casos en los que lo que menos importa es el contenido de la condena; lo que interesa es la responsabilidad civil que acompaña a todo responsable penal. Sólo es necesario implicar en el asunto a determinados funcionarios o autoridades de la Administración para que ésta aparezca como responsable subsidiaria, responsabilidad que finalmente se hará efectiva ineludiblemente a cargo de los Presupuestos del Estado, dada la más que probable insolvencia de los implicados para hacer frente al montante de las indemnizaciones. Esto es lo que ha ocurrido en el caso que comentamos, en el que finalmente ha tenido que asumir la indemnización de los afectados el Estado, cuando el daño básicamente se produjo a consecuencia de una actuación

«La lucha mantenida por la sociedad y los poderes públicos en su afán de conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales exige en el momento presente una adecuada respuesta al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que, por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho.»

Este Decreto-Ley fue desarrollado por el RD 484/1982, de 5 de marzo; más tarde se promulgó la LO 9/1984, de 26 de diciembre, sobre bandas armadas, y en su desarrollo el RD 336/1986, de 24 de enero. Esta regulación se vio completada más tarde por la Ley de 23 de diciembre de 1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, desarrollada por el RD de 28 de octubre de 1988. Posteriormente, la Ley de 29 de julio de 1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, modificó la Ley de 1987, siendo la Ley de 30 de diciembre de 1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, la que introduce por primera vez la indemnización de daños materiales, limitados a la vivienda habitual de las víctimas, y remitiéndose a la *normativa reglamentaria de desarrollo que se contiene en el RD 1211/97, de 18 de julio, que sustituye al RD 673/92, de 19 de junio.*

(15) Sentencias del TS de 16 de noviembre de 1983 (Cafetería California de Madrid), 18 de diciembre de 1984, 3 de junio de 1985 (El Papus), 15 de julio de 1985, 15 de noviembre de 1985 (Buque Montleher), 8 de mayo de 1986, 24 de octubre de 1986, 21 de mayo de 1987, 18 febrero 1991. Excepción a esta línea general es la STS de 31 de enero de 1996 (Arz. 474), donde se condena a la Administración por el atentando de Hipercor de Barcelona, ya que aquí las circunstancias del caso llevaron a probar que hubo un funcionamiento anormal en la actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado que contribuyó a los lamentables resultados del atentado.

sin escrúpulos por parte de determinados empresarios (STS 26 de septiembre 1997) (16).

Hemos dejado para el final el supuesto de indemnización por contagio del VIH a través de actuaciones sanitarias en hospitales públicos. La mayor parte de los Estados han tenido que hacer frente en los últimos años a las terribles consecuencias derivadas de la utilización de sangre contaminada por el VIH en transfusiones de sangre, intervenciones quirúrgicas o tratamientos con hemoderivados a pacientes hemofílicos, que ha llevado, en algunos casos con carácter masivo, a la transmisión de anticuerpos del SIDA a pacientes de los centros sanitarios públicos. De nuevo la cuestión que cabe plantearse es si se puede hablar de una asunción por parte del Estado de un riesgo social, como hace en los casos de las víctimas del terrorismo, o si más bien en estos supuestos estaremos ante un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por funcionamiento normal o anormal del servicio. El principio de solidaridad social y la envergadura del problema ha llevado al establecimiento de fórmulas legales, de las que se ha dicho que tendrían un carácter más asistencial que indemnizatorio (17). El número de reclamaciones que llegaron a nuestros tribunales exigiendo la responsabilidad de las Administraciones sanitarias por la transmisión del VIH, bien a través de una transfusión, bien a través de una intervención quirúrgica en un centro sanitario público, llevó a que el Gobierno, por medio del Real Decreto-Ley 9/93, de 28 de mayo, estableciese una serie de ayudas a los afectados por el VIH como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público. El Preámbulo de esta disposición y el resto de su articulado apuntan, sin duda, más a la idea de asistencia social que a la idea de responsabilidad de las Administraciones públicas. El Decreto-Ley considera *«que estamos ante un problema de auténtico alcance social que, como tal, requiere de los poderes públicos una respuesta singular, basada en el principio de solidaridad con los afectados»*, el Preámbulo de la norma continúa señalando que con ella se *«pretende responder a esa necesidad de apoyo y solidaridad con los afectados; sustituyendo las ayudas colectivas existentes con anterioridad por un sistema de aportaciones económicas individualizadas destinadas a paliar las graves consecuencias no sanitarias del problema, que se asignan no sólo a los afectados, sino también a sus familiares, según las diferentes situaciones personales»*. El propio artículo 1, a la hora de establecer el ámbito de aplicación de la norma, utiliza el término ayudas sociales en vez de indemnizaciones, que es el término que corresponde a la reparación que lleva a cabo el sujeto responsable en favor de la víctima. El artículo 3 establece dentro de las incompatibilidades la necesaria renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones por contaminación por VIH contra cualquiera de las Administraciones públicas sanitarias o el personal de las mismas, señalando que

(16) Arz. 6366.

(17) R. DE ANGEL YAGCEZ: «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en la obra colectiva *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Actas del II Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, pág. 72.

no podrán acceder a estas ayudas quienes hubieran obtenido sentencia condenatoria contra cualquiera de las Administraciones públicas por contagio del VIH. El legislador ha considerado, por tanto, que estamos en presencia de un supuesto cuyo contenido puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias (18).

A pesar de las ayudas contenidas en el DL, ha habido muchas personas que han optado por acudir a los tribunales obteniendo condenas a la Administración. Este supuesto encaja perfectamente en el concepto de funcionamiento normal de la Administración, y en concreto en el supuesto de caso fortuito. Aunque la Administración planteó siempre la defensa considerando que los contagios que se produjeron con anterioridad a que se conociese la necesidad del cribado de la sangre para evitar la transmisión daban lugar a un supuesto de fuerza mayor que, como expresamente se recoge en el artículo 139.1 de la Ley 30/92, eximiría a la Administración de responsabilidad (19). A nuestro juicio, ello no es así, primero, porque la fuerza mayor exige que se produzca un evento ajeno al funcionamiento del servicio en la producción del resultado (en este caso el resultado se produce como consecuencia de un tratamiento con hemoderivados o de una transfusión, actos que no son ajenos al funcionamiento del servicio sanitario) y, en segundo lugar, no aparece el elemento de la irresistibilidad, que implica que el resultado, aunque se hubiese podido prever, no se hubiese podido evitar, cosa que aquí no ocurre ya que desde el momento en que se impuso el cribado de la sangre el resultado se evita. Las personas afectadas lo han sido como consecuencia del estado de la ciencia en un momento determinado, que no ha permitido evitar la contaminación; en aquellos momentos existía un riesgo inherente a unas actuaciones terapéuticas realizadas en el sistema sanitario público destinadas a combatir cierto tipo de patologías, riesgo cuyas consecuencias han dado lugar a lesiones que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar de acuerdo con la legalidad vigente. No podemos considerar este suceso como una *causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista* (20), tal y como corresponde a los casos de fuerza mayor. Sin embargo, no ha sido ése el criterio mayoritario de la jurisprudencia que ha declarado la responsabilidad de la Administración en estos casos (21);

(18) M. CUETO PÉREZ: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, op. cit., pág. 240.

(19) En este sentido, J. L. MUGA MUÑOZ: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio de SIDA*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995, pág. 290; también, J. L. RIVERO YSERN: *La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria*, «RAAP», núm. 8, 1991, pág. 102.

(20) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª edición, Civitas, 1999, vol. II, pág. 391.

(21) S. PRLAYO PARDOS: *SIDA: algunos aspectos puntuales ante el Derecho Laboral y de Seguridad Social y el Derecho Sanitario*. «Actualidad del Derecho Sanitario», núm. 4, 1995, pág. 213. Vid. la jurisprudencia que allí se cita considerando estos supuestos como caso fortuito, condenando al INSALUD a indemnizar a los pacientes afectados.

ejemplo de ello es, entre otras, la STS de la Sala Tercera de 6 de febrero de 1996 (22).

En caso de entender que se trata de un supuesto de fuerza mayor, no cabría la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sin que ello signifique que los perjudicados no tuviesen derecho a algún tipo de compensación justificada en la solidaridad social y, por ello, quedarían cubiertos por el Decreto-Ley 9/93. Esta es la idea que se plasma en la nueva redacción dada al artículo 141 de la Ley 30/92, que está claramente pensada para evitar la indemnización a los particulares en supuestos como el que acabamos de exponer. Dicho esto, no nos convence lo más mínimo la Exposición de Motivos cuando señala que la nueva redacción del artículo 141 lo que hace es matizar los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad. Lo primero que hay que señalar es que los supuestos de fuerza mayor no necesitan ser matizados porque todos ellos dan lugar a la exoneración de la Administración. En segundo lugar, la redacción del precepto no nos describe un supuesto de fuerza mayor, sino un supuesto de caso fortuito, un caso fortuito que parece pensado para eliminar cualquier posibilidad de indemnización en supuestos similares al del contagio del SIDA, con lo cual no se están matizando los supuestos de fuerza mayor en los que no cabe la indemnización, sino que se están matizando supuestos de funcionamiento normal del servicio que ya no van a dar lugar a la responsabilidad de la Administración. Esta restricción no nos parece de recibo; el artículo 106 de la Constitución habla de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos cuando se causen lesiones a los particulares, sin distinguir entre funcionamiento normal o anormal, y el artículo 139 de la Ley 30/92 incluye tanto el funcionamiento anormal como el funcionamiento normal. Esta reforma supone un paso atrás y una brecha importante en el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración vigente en nuestro país desde 1954. Parece que el transcurso de los años pone en entredicho todas las alabanzas de las que en su día fue objeto nuestro sistema, calificado como uno de los más avanzados del Derecho comparado. La realidad nos demuestra que mientras los tribunales siguieron condenando a la Administración sólo en supuestos de funcionamiento anormal, que es lo que ha ocurrido hasta hace muy pocos años, el texto de la Ley podía mantenerse. En el momento en que lo dispuesto en la Ley comienza a aplicarse y se produce una jurisprudencia progresista en materia de responsabilidad patrimonial, el legislador opta por reducir las garantías de los particulares. Eso sí, señala que todo ello lo hace sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que el mismo pueda establecer para estos casos, cosa que no necesita recordarnos pues, evidentemente, a través de la Ley puede conceder las ayudas que estime convenientes en estos casos y en otros claramente de fuerza mayor, como el caso de las ayudas que se articulan en supuestos de catástrofes naturales, como ha ocurrido con las inundaciones. Sin calificar de inconstitucional la reforma, ya que el artículo 106 de la CE permite que la respon-

(22) Arz. 989.

sabilidad de la Administración se configure en los términos que señala la Ley, sí volvemos a reiterar que la misma supone un recorte de las garantías con las que cuentan los particulares frente a la Administración, recorte que además resulta innecesario, a nuestro juicio, ya que la evolución del sistema de responsabilidad administrativa no se puede valorar a través de un par de casos de portada de prensa que se han dado en los últimos tiempos o por el hecho de que se trate de confundir determinadas ayudas asistenciales con las indemnizaciones a consecuencia de la responsabilidad de la Administración.

5. MOMENTO DE VALORACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA RESPONSABILIDAD

Respecto al momento en que ha de valorarse el perjuicio indemnizable, más que un avance, lo que se produce con la Ley 30/92 es un retroceso respecto a la situación anterior. La LRJAE no establecía ninguna norma sobre el momento de la valoración del perjuicio; sin embargo, la línea jurisprudencial que se impuso, si bien con algunas oscilaciones (23), entendió que el momento de valoración del daño habría de ser el del fallo judicial y no el momento en que aquél se produjo, pues el largo período de tiempo que transcurre desde el primer momento hasta el segundo llevaba a que la valoración del daño en el momento de la producción de éste no respondiese en el segundo momento al principio de indemnidad integral, que preside el instituto de la responsabilidad administrativa. Con la reforma se mejora la redacción inicial del artículo 141.3, pues aunque mantiene que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, señala que ésta se actualizará a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y que asimismo procederá el abono de intereses por demora en el pago de la indemnización fijada, conforme a la Ley General Presupuestaria. La nueva redacción del artículo 141.3 es, sin duda, más favorable al afectado y otorga unos parámetros fijos a los tribunales para la fijación de la cuantía.

6. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO ACTÚA SOMETIDA AL DERECHO PRIVADO

Una de las novedades más importantes de la Ley 30/92 es que ha llevado a cabo la unificación sustantiva, procedimental y jurisdiccional (24),

(23) L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España*, «Documentación Administrativa», núm. 237-238, 1994, pág. 75.

(24) Así lo han entendido E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 386; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1993, pág. 1382 y en *Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad pa-*

que durante tantos años venía reclamando la doctrina, en relación con todas las actuaciones de la Administración que pudiesen dar lugar a su responsabilidad. La dualidad jurisdiccional que había introducido el artículo 41 de la LRJAE (expresamente derogado por la Ley 30/92), atribuyendo las reclamaciones de responsabilidad a los tribunales ordinarios cuando la Administración del Estado actuaba en relaciones de Derecho privado, ha tocado su fin. Sin embargo, el precepto no había sido excesivamente claro en cuanto que disponía que la responsabilidad se exigiría de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143 de la propia Ley, preceptos que regulaban el procedimiento, pudiendo interpretarse que el resto de preceptos no eran de aplicación y poniendo en duda la unidad sustantiva. Ahora se aclara la redacción del precepto señalando que: «*Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho Privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración, bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley*».

Hay que traer a colación en este punto la Ley 29/98, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ), que complementa este precepto, y la nueva redacción del artículo 9.4 de la LOPJ. El artículo 2.e) de la LJ señala que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Afirmación que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la LOPJ, que aclara definitivamente las dudas sobre la competencia jurisdiccional cuando a la producción de la lesión ha contribuido un particular, señalando que: «*Los tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio*

trimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del Administrado, «REDA», núm. 89, 1996, pág. 93; A. BLASCO ESTEVE, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Carperi, 1993, pág. 440; J. LEGUINA VILLA: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, 1993, pág. 402; J. L. RIVERO YSERN: *La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria*, op. cit., pág. 99; J. L. MUGA MUÑOZ: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio del SIDA*, op. cit., pág. 303; J. PEMÁN GAVÍN: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción competente: sobre el alcance de la unificación operada por la Ley 30/92, de 26 de noviembre (ATS Sala Conflictos de 7 de julio de 1994)*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 5, 1994, pág. 299; E. DESDENTADO DAROCA: *La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, núm. 136 de esta REVISTA, 1995, pág. 320; F. IRURZUN MONTORO: *La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios*, «REDA», núm. 87, 1995, pág. 421; B. NOGUERA DE LA MUELA: *La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social*, «REDA», núm. 88, 1995, pág. 601.

cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

7. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 30/92 entró a regular también la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los artículos 145 y 146. El primero de ellos declaraba que los particulares se dirigirían directamente a la Administración pública, para exigir las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados, por las autoridades y personal a su servicio, reiterándose lo mismo en el artículo 19 del RRP. A tenor de este precepto se deducía, a nuestro juicio, que los administrados siempre que sufriesen un daño causado por el funcionamiento de un servicio público, tanto si se trata de una actuación de carácter anónimo no atribuible a un individuo concreto como si se trata de un daño derivado de una actuación personal de un funcionario o autoridad, tendrían que dirigir su reclamación a la Administración competente (25), estableciendo de forma definitiva la responsabilidad directa de la Administración, suprimiendo la posibilidad de que los particulares dirigiesen de forma independiente sus reclamaciones contra el personal al servicio de la misma.

Sin embargo, esta afirmación no fue admitida de forma unánime por la doctrina, en gran medida debido al contenido del artículo 146.1, que establecía que la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones públicas se exigiría de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, lo que ha llevado a que algunos autores defiendan que la Ley mantiene la posibilidad de que los particulares demanden en la vía civil a los funcionarios (26) (en este precepto no se menciona a las autoridades) causantes de los daños y perjuicios sufridos, con aplicación

(25) E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 405, señalan que: «La nueva Ley, ha eliminado la anterior posibilidad de opción (...). La derogación del antiguo artículo 43 de la LRJAE impide, pues a la víctima dirigir su reclamación ab initio contra el agente causante del daño, al que, a partir de ahora, sólo la Administración a la que pertenece, (...) podrá exigir en vía de regreso, la responsabilidad en que hubiere incurrido»; A. BLASCO ESTEVE: *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (ob. col.), op. cit., pág. 435; J. L. FUERTES SUÁREZ: *Administraciones Públicas y ciudadanos* (ob. col.), Praxis, 1993, pág. 816; L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas...*, op. cit., págs. 93 y ss.; J. L. RIVERO YSERN: *La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria*, op. cit., pág. 111.

(26) J. LEGUINA VILLA: *La nueva Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., págs. 407-408; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1993, pág. 1383; R. PARADA VÁZQUEZ: *Régimen jurídico de las Administraciones Pública y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 454; L. PAREJO ALFONSO (coord.): *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 379; J. PEMÁN GAVÍN: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, op. cit., pág. 304, también defiende esta postura en relación con los médicos de los centros sanitarios públicos.

del artículo 1902 del CC (27). La polémica se zanja ahora con la nueva redacción dada a los artículos 145 y 146. En primer lugar se señala que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Es decir, la Administración será la destinataria de todas las reclamaciones que den lugar a la responsabilidad administrativa conforme a los artículos 139 y ss. cuando ésta resulte de la actuación de sus autoridades y personal a su servicio. Una de las razones que se esgrimieron para justificar la compatibilidad del artículo 146 con lo dispuesto en el artículo 145.1 era entender que la responsabilidad civil a la que se aludía en el artículo 146 se refería a la responsabilidad del personal cuando actuaba con desvinculación total y absoluta del servicio público y de la organización administrativa; recordemos que en estos casos no estaríamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, aunque sí de un caso de responsabilidad del personal de la Administración; siendo así, no habría inconveniente en admitir la responsabilidad del mismo, a través de la vía jurisdiccional civil y con aplicación de la normativa del mismo carácter. Ahora el artículo 145.5 señala que todo lo dispuesto, tanto respecto a la responsabilidad del personal de la Administración y autoridades frente a los particulares como respecto a la responsabilidad del personal frente a la Administración, bien porque ésta ejerza la acción de regreso, bien porque éstos hayan causado directamente daños a la Administración, «*se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los tribunales competentes*». Esta afirmación plantea alguna duda sobre la intención exacta del legislador, sobre todo si tenemos en cuenta lo antes señalado respecto a la nueva redacción del artículo 9.4. de la LOPJ. Además, para borrar cualquier posibilidad, por remota que ésta sea, se deroga la Ley de 5 abril de 1904 (Ley Maura) y el RD de 23 de septiembre del mismo año, que regulaban la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. El nuevo artículo 146 de la Ley se refiere exclusivamente a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil derivada del delito, remitiéndose a la legislación correspondiente (arts. 109 y ss. del CP). Se mantiene en este precepto la falta de suspensión de los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan por la exigencia de responsabilidad penal, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad administrativa. En cambio, se ha suprimido la referencia que hacía el precepto anterior a la falta de interrupción del plazo de prescripción para iniciarlos, pudiendo entenderse que si el procedimiento de responsabilidad se ha iniciado en vía administrativa no se interrumpe su tramitación, pero si no se ha iniciado sí se interrumpe el plazo de prescripción de un año que señala el artículo 142.5 (28).

(27) *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, op. cit., pág. 398.

(28) Vid. E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA: *¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el*

Una novedad a destacar es que, por fin, el legislador ha tenido en cuenta la insistencia de la doctrina (29) para que se estableciese con carácter obligatorio la acción de regreso de la Administración frente a su personal, una vez que ésta hubiere indemnizado directamente a los lesionados, cuando el mismo hubiera incurrido en responsabilidad por dolo, culpa o negligencia grave. Si una de las razones de ser de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la de servir de instrumento para el buen funcionamiento del servicio, no se entendía muy bien por qué el legislador mantenía el ejercicio de la acción de regreso con carácter facultativo para la Administración (30). El instituto de la responsabilidad administrativa debe buscar la mayor cobertura del ciudadano, y para cumplir este objetivo resulta evidente la conveniencia de un sistema de responsabilidad directa, pero ello no puede llevar a que, aun en aquellos casos en los que la lesión se produce a consecuencia de una actuación negligente de su personal, siga siendo la Administración la que haga frente a la indemnización. Cuando un funcionario ha causado con su actuar doloso, culposo o negligente un daño a un particular, que la Administración en virtud del sistema de responsabilidad vigente se ve obligada a reparar, debe ser éste el que en último término responda del daño con su patrimonio, si no queremos llegar a la inmunidad total del personal al servicio de la Administración y, a la vez, tirar por tierra el principio de eficacia que exige a la Administración en su actividad el artículo 103.1 de la Constitución.

8. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA

Este tema ha constituido uno de los ámbitos que más problemática jurídica ha encerrado en materia de responsabilidad administrativa (31), pri-

plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/92, núm. 141 de esta REVISTA, 1996, págs. 265 y ss.

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 405-406; L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas...* op. cit., pág. 106; J. LEGUINA VILLA: *La nueva Ley de Régimen Jurídico...* op. cit., pág. 408; J. L. RIVERO YSERN: *La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria*, op. cit., pág. 111.

(30) En nuestro trabajo anterior *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, op. cit., pág. 400, habíamos señalado que «la Administración no debería disponer de una facultad discrecional para ejercer esta acción de regreso, sino que el precepto debería haberse redactado de forma que estableciese la obligación ineludible de ejercer dicha acción, el término "podrá" debería ser sustituido por un claro "deberá"».

(31) J. L. RIVERO YSERN: *La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria*, «RAAP», núm. 8, 1991; «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», en la ob. col. *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Actas del II Congreso Derecho y Salud, Granada, 1993, Junta de Andalucía, 1994; S. MUÑOZ MACHADO: *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria*, «Documentación Administrativa», núm. 237-238, 1994; J. PEMÁN GAVÍN: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, «Documentación Administrativa», núm. 237-238, 1994; F. J. VILLAR ROÍAS: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, 1996; M. CUETO PÉREZ: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, op. cit.

mero, por la falta de consideración como una actividad sometida al Derecho público por parte de cierta jurisprudencia; segundo, por las dificultades de aplicar la responsabilidad por funcionamiento normal teniendo en cuenta que la asistencia sanitaria no es una actividad de resultado para la Administración, pero sobre todo por el hecho de que tres órdenes jurisdiccionales han venido conociendo de estos casos: el orden civil, el social y el contencioso-administrativo. La Disposición Adicional Primera del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/93, de 26 de marzo, había intentado aclarar esta situación estableciendo de forma clara y rotunda la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa por la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria. El hecho de que no se hubiese incluido en la Ley suscitó una dura crítica desde el orden social (STS, Sala Cuarta, de 10 de julio de 1995) (32) y desde la doctrina laboralista, quienes han calificado el precepto de *ultra vires* (33), por entender que contradecía las leyes laborales de atribución de competencias a la jurisdicción social.

Ahora la Disposición Adicional Duodécima zanja, esperemos que de una vez por todas, esta cuestión señalando, en términos aún más claros que los de la Disposición Adicional Primera del Reglamento, que la tramitación administrativa de estas reclamaciones seguirá lo dispuesto en la Ley 30/92, «*correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo en todo caso*». Una novedad de este precepto respecto al del Reglamento es que establece el mismo régimen de responsabilidad y el mismo orden jurisdiccional competente para los supuestos en los que la asistencia sanitaria se reciba en centros sanitarios concertados. Aunque con carácter general la Ley 4/99 no ha entrado a regular la responsabilidad de concesionarios y contratistas, en el ámbito sanitario se ha mantenido la lógica del sistema de responsabilidad, que obliga a que las garantías de los particulares sean las mismas con independencia de cuál sea la forma de gestión por la que opte la Administración en relación con los servicios públicos. Como ya hemos señalado, y pese a que la Ley de Contratos podía pensarse que apuntaba a ello, resulta inaceptable que la responsabilidad de los centros concertados se someta al Derecho privado y sean competentes para su conocimiento los tribunales civiles, ya que ello significaría que cuando la gestión del servicio sanitario se lleva a cabo de forma directa por la Administración, la responsabilidad es objetiva y está sometida a lo dispuesto en la Ley 30/92 y a los tribunales contencioso-administrativos,

(32) Arz. 5488. Vid. el comentario a esta sentencia de A. DE PALMA, en *El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social*, «REDA», núm. 89, 1996, págs. 141 y ss.

(33) M. ALONSO OLEA: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, 1994, pág. 52, en nota 83; más recientemente, en *Responsabilidad del hospital por el acto del médico*, «Revista Española de Derecho del Trabajo», núm. 79, 1996, págs. 777 y ss.

mientras que si la asistencia sanitaria se presta a través de una forma indirecta de gestión, como es el caso de los centros concertados, la responsabilidad es subjetiva, se rige por el CC y son competentes los tribunales ordinarios.

RECAPITULACIÓN

La modificación de la Ley 30/92 nos trae luces y sombras al ámbito de la responsabilidad patrimonial. La reforma ha sido insuficiente en algunos aspectos, ya que deja pendientes temas importantes como la responsabilidad de concesionarios y contratistas o la responsabilidad del Estado legislador. Sin embargo, ha supuesto un avance en cuanto a la regulación de la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, ya que ahora se incluyen todas las formas conjuntas de actuación; también mejora la regulación anterior la inclusión de criterios para actualizar la cuantía de la indemnización recogidos en el artículo 141.3 y, sobre todo, la obligación por parte de la Administración de ejercer la acción de regreso contra sus autoridades y demás personal a su servicio, una vez que ésta hubiese indemnizado a los particulares, de acuerdo con los requisitos que establece la Ley contemplada, artículo 145.2. Otras modificaciones han supuesto simples aclaraciones, como la nueva redacción dada a los artículos 144, 145 y 146, sin que aporten nada nuevo al precepto. La nota negativa de esta reforma ha venido por la nueva redacción del artículo 141.1, que supone una clara reducción del ámbito de aplicación de la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal y una primera quiebra de la tan defendida responsabilidad objetiva de la Administración. Sólo nos queda desear que esta tendencia no se consolide en los próximos años, dejando en mero recuerdo histórico el sistema de responsabilidad recogido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

