

## Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas

A Coruña, 22 e 23 de xullo de 1997

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

Quixera comezar recordando as palabras do profesor Martín Rebollo cando sinalaba hai tempo que “a responsabilidade da Administración é un tema candente, é unha testemuña e desde logo ambivalente. Principio de orde da Administración, garantía dos cidadáns e control daquela”<sup>1</sup>.

De acordo con tal apreciación, a responsabilidade patrimonial das administracións públicas, polos danos causados ós particulares no desenvolvemento das funcións e dos servizos que o ordenamento xurídico lles encomendou ós suxeitos públicos, segue sendo, nos nosos días, e en tódolos países do noso contorno cultural unha das institucións máis complexas, problemáticas e, asemade, suxestivas da ciencia xurídica. Pódese incluso afirmar que “a intrínseca problemática que dende as súas orixes caracterizou sempre o instituto resarcitorio manifesta os

<sup>1</sup> Vid., MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

seus perfís máis acusados na súa aplicación actual ós entes públicos”<sup>2</sup>.

Sen albergar ningún indicio de dúbida sobre o pacífico e xeral recoñecemento do deber do resarcimento que, o mesmo que sobre calquera outro suxeito xurídico, gravita sobre o Estado e os demais entes públicos, e que vén constituír unha esixencia do sometemento indiscriminado dos poderes públicos ó imperio do dereito, o modo como resulta entendido, cualificado e construído o dito deber resarcitorio segue sendo obxecto de polémica e confrontación, tanto en sede doutrinal como xurisprudencial.

A Escola Galega de Administración Pública, para contribuír con novas achegas á resolución de tal polémica, organizou, en colaboración co Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, unhas “Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas”, que tiveron lugar na cidade da Coruña, os días 22 e 23 de xullo de 1997, e que tiñan como obxectivo conseguir un mellor coñecemento sobre os principios determinantes da responsabilidade patrimonial dos entes públicos e das consecuencias dimanantes desta situación, como resultado do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

O tema obxecto de estudo suscitou unha enorme expectación e interese entre os funcionarios da Administración de xustiza e da Administración estatal, autonómica e local, profesionais do dereito, docentes universitarios, xuristas e outros interesados, o que se traduciu nunha forte demanda de solicitudes de inscrición que provocou o cambio de situación do recinto no que se desenvolveron, polo que finalmente tiveron lugar no Centro Fonseca e non no salón de actos do Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, como nun principio estaba previsto. Malia este cambio, o local quedou pequeno para albergar a tanto interesado, o que demostra inequivocamente o éxito da convocatoria.

A coordinación das xornadas correu a cargo de **Domingo Bello Janeiro**, director da Escola Galega de Administración Pública, e a súa inauguración levouna a cabo o decano do Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, **José Antonio Lois Fernández**, que centrou as súas palabras de salutación en destaca-la indubidable transcendencia e actualidade do tema, e manifestou que a responsabilidade patrimonial das administracións públicas está actualmente rexida, con carácter xeral, polos artigos 139 e seguintes da Lei 30/92, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento

<sup>2</sup> Vid., LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1983.

administrativo común (en adelante, LRPAC). No preámbulo desta lei sinálase que se trata de responder ó pronunciamento constitucional de indemnización de tódalas lesións que os particulares sufran nos seus bens e dereitos como consecuencia do funcionamento dos servicios públicos.

Tras estas palabras inaugurais, o decano do Colexio Provincial de Avogados da Coruña procedeu a presenta-lo primeiro relator das xornadas e coordinador destas, Domingo Bello Janeiro, do que loou o seu currículo e a súa traxectoria profesional.

O profesor Bello Janeiro desenvolveu o tema titulado "A necesaria revisión do réxime da responsabilidade patrimonial das administracións públicas".

Despois de agradecer-la masiva asistencia de público e o interese suscitado polo tema, comezou a súa intervención indicando que, dende o punto de vista técnico-xurídico, resulta necesario revisar –sen culpa da Administración– o réxime legal e xudicial de responsabilidade patrimonial obxectivo, que é o máis "avanzado" no sentido de que é, dentro do panorama do dereito comparado, o que máis protexe ó administrado, e, por iso, o máis caro, ó resultar economicamente insoportable.

Segundo o relator, só debería responder a Administración polo defectuoso funcionamento dos servicios públicos e non cando o dano se produce no marco do funcionamento normal, como sucede en boa parte das sentencias na actualidade nas que, salvo casos de forza maior, se lle impón con carácter xeral e obxectivo, á Administración, a obriga de indemniza-lo dano sempre que sexa efectivo, avaliable economicamente e individualizado, e con independencia de que a lesión sexa consecuencia non só do funcionamento anormal senón tamén normal dos servicios públicos, e na marxe de que exista ou non falta de dilixencia ou de culpa.

O actual réxime de responsabilidade patrimonial da Administración constitúe un mecanismo de redistribución perversa da renda que, con indemnizacións multimillonarias, ameaza seriamente con arrastrar na súa caída, por ruína, o xusto e necesario Estado social de benestar.

Na opinión do profesor Bello, unha boa medida que coaduxe á mellora do réxime de responsabilidade sería unifica-la xurisdicción competente na vía civil. É notorio que pode encontrarse xurisprudencia sobre responsabilidade patrimonial das administracións públicas nas, hoxe, catro salas do noso Tribunal Supremo.

Tamén o é, que, nos últimos anos, se tratou de acabar con este estado de cousas, no sentido de converte-los tribunais do con-



tencioso-administrativo nos exclusivamente competentes naquela materia, como así se manifesta no proxecto de lei que recentemente aprobou o Goberno.

Este proxecto de lei de xurisdicción contencioso-administrativa permitirá adapta-la legalidade á realidade actual para garantir os dereitos dos cidadáns nas súas relacións coa Administración.

Na futura normativa amplíase o ámbito da xurisdicción contencioso-administrativa, e traspásanselle a esta xurisdicción tódalas competencias que necesita para entender da responsabilidade patrimonial da Administración, excepto as derivadas do delito, de forma que se evita a actual dispersión xurisprudencial, na que eran competentes as salas do contencioso pero tamén as do social, civil e penal, o que non favorecía a necesaria uniformidade.

Os dereitos dos cidadáns beneficianse das características deste texto ó derrogarse o concepto de acto político, polo que a partir da súa entrada en vigor, os tribunais poderán axuizar tódolos actos administrativos e, ademais poden decretar indemnizacións para os prexudicados, de modo que ningún acto quedará fóra do control do poder xudicial e a Administración someterase a dereito en tódalas actuacións que realiza na súa condición de poder público.

O profesor Bello Janeiro manifestou a súa confianza en que a nova lei sexa un paso máis cara á fundamentación de toda a actuación administrativa na realización dos dereitos fundamentais dos cidadáns e, en que contribúa á modernización do concepto de Administración así como a face-la xustiza menos custosa e máis rápida e próxima á sociedade.

Respecto disto, é urxente achega-la orde xudicial contencioso-administrativa ó cidadán, así como diminuí-la enorme carga de traballo que na actualidade soportan as salas dos tribunais superiores e do Tribunal Supremo, únicos órganos competentes nesta materia.

Entre a redución dos trámites que considera este texto, destacou a facultade dos xuíces para suspender os "recursos masivos" e para resolver con carácter preferente un ou varios, co que a sentenza do primeiro caso se lles poderá aplicar ós demais, e admítase tamén a posibilidade de chegar a un acordo mediante conciliación das partes.

No proxecto de lei adóptanse medidas para conseguilo pronto envío dos expedientes administrativos ó tribunal, consistentes en multas, e neste sentido o relator resaltou que a execución das sentencias, que ata agora depende da Administra-

ción, pasará a ser competencia exclusiva do xuíz que as decidiu.

Por último, prevese que os cidadáns deberán ser indemnizados fronte a calquera atraso na execución das sentencias ó seu favor cando estas obriguen ó pago dalgunha cantidade, de maneira que se transcorren máis de tres meses, recibirán o xuro legal do diñeiro sen teren que reclamálo.

En calquera caso, volvendo á necesaria unificación da xurisdicción, a modo de exemplo, o relator sinalou que o longo proceso de elaboración do novo Código penal considerou o intento de extrae-las cuestións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas do coñecemento dos tribunais penais, se ben, tamén ese intento fracasou.

Así, o artigo 121 do xa vixente Código penal<sup>3</sup> refírese só ós "delictos dolosos ou culposos", e non ás faltas, ás que si facían referencia as dúas versións anteriores do artigo, e, segundo o relator, non parece dubidoso que o pretendido polo lexislador con esa omisión sexa negarlles ós tribunais penais a competencia para pronunciárense sobre a responsabilidade civil da Administración cando fose só unha falta ou comisión realizada pola autoridade, axente, contratado ou funcionario público.

O profesor Bello Janeiro, que manifestou que nunca lle agradeu que o prexudicado elixise o sistema de libre elección de xurisdicción, moi criticable dende o punto de vista da uniformidade da xurisprudencia, defende de *lege ferenda* a instauración dun sistema de "unidade xurisdiccional a favor da xurisdicción civil" para a responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Por outra parte, a necesidade de tal reforma resultará aínda maior de consolidarse a doutrina establecida polo Tribunal Supremo<sup>4</sup>, segundo a que, a *vis atractiva* da xurisdicción civil sobre a pretensión indemnizatoria fronte á Administración pública codemandada cun suxeito privado só procederá cando se constate (*ex post*) que este foi efectivamente responsable do dano causado, e procederá en caso contrario a absolución da Administración na instancia, por falta de xurisdicción. Coa dita doutrina deixa de existir solución satisfactoria para os casos en que aparezan como potencialmente responsables dun dano unha Administración pública e un suxeito privado, mentres a xurisdicción contencioso-administrativa continúe sendo a competente para coñece-las cuestións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Recentemente produciuse un paso no que é, a xuízo do relator, a boa dirección: a oposta a aquela á que se orientaban os pasos examinados no proxecto de lei do Goberno.

<sup>3</sup> Artigo 121 CP (LO 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal): "O Estado, a Comunidade Autónoma, a provincia, a illa, o municipio e os demais entes públicos, segundo os casos, responden subsidiariamente dos danos causados polos penalmente responsables dos delictos dolosos ou culposos, cando estes sexan autoridade, axentes e contratados desta ou funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos ou funcións sempre que a lesión sexa consecuencia directa do funcionamento dos servizos públicos que lles estivesen confiados, sen prexuízo da responsabilidade patrimonial derivada do funcionamento normal ou anormal dos ditos servizos, esixible conforme ás normas de procedementos administrativos, e sen que, en ningún caso, poida darse unha duplicidade indemnizatoria.

Se se esixise no proceso penal a responsabilidade civil da autoridade, de axentes e contratados desta ou funcionarios públicos, a pretensión deberá dirixirse simultaneamente contra a Administración ou ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

<sup>4</sup> SSTs do 3 de outubro de 1994 e do 31 de outubro de 1995.



De compara-las alíneas 3 e 4 do artigo 98 da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas<sup>5</sup> co parágrafo terceiro do artigo 134 do Regulamento xeral de contratación do Estado<sup>6</sup> (expresamente derogado na letra b) da alínea 1 da disposición derogatoria da Lei de contratos), resulta que a competencia para coñecer as cuestións de responsabilidade dos concesionarios de servizos públicos e demais contratistas da Administración deixou xa de corresponderlles á Administración contratante e á xurisdicción contencioso-administrativa. O órgano de contratación xa non decidirá sobre tal responsabilidade, senón só se pronunciará, a voluntaria petición do terceiro prexudicado e sen efecto ningún para o concesionario u outro contratista, sobre a cáal das partes lle corresponde a responsabilidade polos danos en cuestión. Para a nova lei, a acción de responsabilidade do prexudicado contra o concesionario é unha "acción civil"<sup>7</sup> que ha de exercitarse perante os tribunais civís. Polo tanto, as teses que García de Enterría defendera no ano 1916<sup>8</sup>, quizais porque sempre foron as da Sala do Civil do Tribunal Supremo, terminaron por triunfar: concesionarios e demais contratistas da Administración responden segundo as normas do Código civil.

Así, a título recordatorio, o profesor Bello Janeiro indicou que nos dereitos alemán e italiano é a civil a xurisdicción competente en materia de responsabilidade extracontractual da Administración. E que así sucede tamén no idolatrado modelo francés, cando se trata de accidentes de circulación nos que se ve involucrado un vehículo público.

En canto á competencia dos tribunais penais, segundo o relator, vai sendo hora de aproveita-la promulgación da Lei 35/1995, do 11 de decembro, de axudas de asistencia ás vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, para formularse a conveniencia de extraer da xurisdicción criminal as cuestións de responsabilidade civil.

Por último, concluíu a súa intervención reiterando que resulta necesario revisa-lo réxime legal e xudicial de responsabilidade patrimonial obxectivo, sen culpa da Administración. Este réxime é o máis "avanzado", no sentido do máis protector do administrado, do panorama do dereito comparado e, por iso, o máis caro, o que resulta economicamente "insuportable" e non ten ningunha xustificación dogmática, dende o punto de vista técnico-xurídico, nin tampouco práctica, ó tratarse, en puridade, dunha responsabilidade civil extracontractual sen máis matices.

Salvo casos de forza maior, impónselle á Administración con carácter xeral e obxectivo a obriga de indemniza-lo dano sem-

<sup>5</sup> Artigo 98.3 e 4 LCA: "3. Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación, para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cáal das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción civil.

<sup>4</sup> A reclamación daqueles formularase, en todo caso, conforme ó procedemento establecido na lexislación aplicable en cada posto".

O art. 98 LCA derogou os artigos 121.2 e 123 LEF.

<sup>6</sup> Artigo 134, parágrafo 3º RXCE: "As reclamacións dos terceiros presentaranse, en todo caso, dentro do prazo dun ano, perante o órgano de contratación que decidirá no acordo que dicte, oído o contratista, sobre a procedencia daquelas, a súa contía e a parte responsable. Contra o seu acordo poderá interpoñerse recurso perante a xurisdicción contencioso-administrativa".

<sup>7</sup> O prazo de prescrición da acción de responsabilidade do prexudicado contra o concesionario interrompese polo exercicio da facultade de requirimento ó órgano de contratación.

<sup>8</sup> Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª ed. fac. 1984), páxs. 197, 202-203.

pre que sexa efectivo, avaliable economicamente e individualizado, e con independencia de que a lesión sexa consecuencia non só do funcionamento anormal senón tamén normal dos servizos públicos, e na marxe de que exista ou non falta de dilixencia ou culpa.

Debido a un cambio no programa inicial das xornadas, e por causas alleas á vontade da organización e dos propios participantes, a segunda intervención correspondeulle a **José Luis de la Torre Nieto**, concelleiro do Consello Consultivo de Galicia, que realizou unha disertación sobre "A responsabilidade civil dos concesionarios e contratistas da Administración por danos causados a terceiros".

En palabras do relator, trátase dunha cuestión fronteiriza, proclive a ser abordada dende diversos sectores do dereito, na que todos eles achegan conceptos, e na que se evidencia a confluencia de ideas de técnica, xustiza material, equidade e practicidade.

Os problemas que hoxe presenta a responsabilidade dos concesionarios e dos contratistas son para o interveniente substancialmente tres:

1. A cuestión de se a responsabilidade extracontractual dos empresarios dos servizos e das obras públicas é esixible de acordo coas regras da responsabilidade obxectiva ou se, polo contrario, a súa responsabilidade se acomoda á doutrina da culpa ou neglixencia prevista no Código civil.
2. Dilucidar se a imputación se lle debe facer á Administración ou ó contratista-concesionario, coa admisibilidade de fórmulas paliativas da responsabilidade subsidiaria daquela.
3. Determina-la xurisdicción que sexa competente para discernir os xuízos sobre esta materia.

A continuación, José Luis de la Torre resumiu na súa exposición a evolución legal e xurisprudencial sobre estes tres aspectos.

Durante a vixencia da Lei Santamaría de Paredes, de 1888, a "responsabilidade civil" considerábase en todo caso e respecto de todo tipo de suxeitos como unha cuestión de índole civil, atribuída á xurisdicción ordinaria, incluso cando a Administración fora a responsable por ser esta unha persoa xurídica, suxeito de dereito e de obrigas.

Así permaneceu a cuestión ata que na lexislación de réxime local da década dos cincuenta se consagrou a dobre xurisdicción para atender non á natureza da actividade senón á do dereito lesionado.



Maior importancia revestiu a aparición da Lei de expropiación forzosa, do 16 de decembro de 1954, que no seu artigo 128 estableceu a unidade de xurisdicción contencioso administrativa (XCA) cando a Administración estivese obrigada a indemnizar danos e perdas.

Paralela e simultaneamente, persistira a consideración de que as lesións patrimoniais producidas extracontractualmente a terceiros por contratistas de obras e concesionarios de servicios da Administración significaban un suposto máis de responsabilidade civil entre particulares, estrictamente sometido á aplicación dos artigos 1902 e seguintes do Código civil e atribuídos ó coñecemento dos tribunais civís, o que constituía unha cuestión absolutamente pacífica dende a promulgación do Código civil e baixo a vixencia da Lei Santamaría.

A Lei de expropiación forzosa alterou tamén esta situación ó establecer un réxime xurídico específico<sup>9</sup> de responsabilidade dos concesionarios da Administración, que se estendeu tamén ós contratistas de obras<sup>10</sup>.

Por outra parte, a equiparación do réxime de contratistas de obras públicas cos concesionarios é evidente para o relator á vista da significativa adición, na reforma do Regulamento de contratos do 25 de novembro de 1975, dun novo parágrafo, o terceiro, o artigo 134<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Réxime xurídico substantivo e procesual.

<sup>10</sup> Artigo 121 LEF: "Dará tamén lugar a indemnización, de acordo co mesmo procedemento, toda lesión que os particulares sufran nos bens e nos dereitos ós que esta lei se refire, sempre que aquela sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos, ou da adopción de medidas de carácter discrecional non fiscalizables en vía contenciosa, sen prexuízo das responsabilidades que a Administración poida esixirlles ós seus funcionarios con tal motivo.

Nos servicios públicos concedidos correrá a indemnización a cargo do concesionario salvo no caso de que o dano teña a súa orixe nalgunha cláusula que a Administración lle impón ó concesionario e que sexa de ineludible cumprimento para este".

Artigo 123 LEF: "Cando se trate de servicios concedidos, a reclamación dirixíraselle á Administración que outorgou a concesión, na forma prevista no parágrafo 2 do artigo 122, a cal resolverá tanto sobre a procedencia da indemnización como sobre quen debe pagala, de acordo co parágrafo 2 do artigo 121. Esta resolución deixará aberta a vía contencioso-administrativa, que poderá utilizarlo particular ou o concesionario, no seu caso".

<sup>11</sup> Artigo 134, Regulamento de contratos de 1975: "Será por conta do contratista indemnizar tódolos danos que se lles causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución das obras.

Cando tales prexuízos fosen ocasionais como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados na Lei de réxime xurídico da Administración do Estado. Tamén será esta responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia de vicios do proxecto.

As reclamacións dos terceiros presentaranse, en todo caso, no final dun ano, perante o órgano de contratación, que decidirá no acordo que dicte, oído o con-

tratista, sobre a procedencia de aquelas, a súa contía e a parte responsable. Contra o seu acordo poderá interpoñerse recurso perante a xurisdicción contencioso-administrativa".



O precepto suscitou certas dúbidas ó imputárselle ausencia de amparo lexislativo, pero acabou sendo revalidado por entendelo unha concreción da LEF e ante a identidade de razón para coa situación dos concesionarios de servicios.

En canto á determinación do suxeito responsable, Administración ou contratista-concesionario, este esquema estendeuse progresivamente no ordenamento administrativo<sup>12</sup>. O sistema aplicable ós concesionarios viuse reafirmado polo artigo 72.3 do texto articulado da Lei de contratos do Estado de 1965, coincidente coa LEF.

Persistiu non obstante a formulación destas cuestións perante a xurisdicción civil, que coñecía acerca delas, acaso sen que se seguise o procedemento previsto na LEF, e na marxe incluso da LRXAE.

A realización da xustiza e a finalidade esencial do dereito e da sentenza como mecanismo de solución efectiva de conflitos, obrigou a xurisdicción ordinaria a sortear non poucos valos. A condena da Administración apoiábase no criterio da *vis atractiva* da xurisdicción ordinaria, e incluso na fuxida do *ius strictum* para evita-lo que se coñece como "peregrinaxe de xurisdiccións"<sup>13</sup>.

Esta praxe xurisdiccional adquiría o seu apoio no criterio dunha moi autorizada doutrina<sup>14</sup>, acerca das dúas cuestións en análise: a responsabilidade obxectiva ou por culpa ou negligencia dos concesionarios e contratistas e a xurisdicción competente, criterio que consistía en afirma-la aplicabilidade do Código civil e da xurisdicción ordinaria, por ser o contratista ou concesionario un suxeito privado e consistir a cuestión nunha relación extrapatrimonial *inter privados*, a reserva do suposto de exercicio por estes de poderes administrativos delegados.

Por outra parte, algo fallara na estabilidade do esquema da LEF e da LXCA, e produciuse un malentendido do seu respectivo teor sobre a unidade de xurisdicción, de maneira que se potenciaba a intervención da xurisdicción civil, polo feito determinante de que, contradictoriamente, a LRXAE de 1957 reintroduciu a dobre xurisdicción en materia de responsabilidade nos seus artigos 40 e 41.

De acordo co concelleiro, o feito constatado é que a xurisdicción civil, sen aplica-la LEF nin a Lei de réxime xurídico da Administración do Estado, se viu compelida polas circunstancias a alcanzar reiteradamente pronunciamentos acaso acordes coa equidade e a xustiza do caso, pero a poder do rigor técnico, que rebordaba a doutrina da culpa ou negligencia, a apreciación da cal se avivaba nas súas manifestacións de *in vi-*

<sup>12</sup> Artigos 128, Regulamento de servicios das CCLL de 1957 e artigo 19, Lei de autoestradas de 1972.

<sup>13</sup> STS do 1 de xullo de 1986, na que a Administración era a única demandada, e que versaba sobre o mal funcionamento do servizo público por inundación de estrada.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

gilando ou *in eligendo* para xustifica-la imputación á Administración como responsable única ou solidaria dos danos<sup>15</sup>.

Así, segundo a súa opinión, a atribución de responsabilidade á Administración, en rigor técnico, só debería facerse cando as normas específicas lle imponen a esta un específico deber de vixilancia ou control sobre a actuación dos particulares actuarios, deber que deberá aparecer vulnerado *ad casu*, trala análise obxectivo da verificación do efectivo quebrantamento dunha norma. Pola contra partiuse dun inexistente deber de absoluto control leviatánico por parte da Administración apoiado na suposta e apodíctica xeneralidade das medidas de policía, ou de control de actividades privadas regulamentadas ou sometidas a autorizacións.

A Administración deveu, malia iso e por definición, en coresponsable do incumprimento por privados de normas xurídicas<sup>16</sup>.

Seguidamente, De la Torre Nieto pasou a analiza-la polémica cuestión da imputación dos danos causados polo contratista ou polo concesionario, de maneira que se opoñía á opinión da responsabilidade sempre directa da Administración.

Esta interpretación sostena un sector da doutrina e tivo reflexo xurisprudencial na STS, en sede de XCA, do 9 de maio de 1989 (RA 4487), na que os concesionarios-contratistas non serían xa simples suxeitos privados, senón nada máis e nada menos que delegados en sentido estrito da Administración, que asume así, por definición, a responsabilidade indiferenciadamente sempre e en todo caso<sup>17</sup>.

Na opinión do relator, sen esquece-la concepción garantista desta institución, non é realista nin de xustiza a configuración dunha responsabilidade universal e ilimitada da Administración. Tal conclusión só sería congruente cunha Administración onnipotente que debería en onnipresente, a conta da sociedade civil, posto que se tiña que responder, sempre tendería a adopta-la decisión de asumi-la xestión totalmente.

Así a xurisprudencia corrixiu o criterio, e comeza pola Sentencia do 31 de xullo de 1989, da mesma sala CA, que establece a outra doutrina –anque declarase a responsabilidade directa dunha entidade local por mediar ordes expresas cominatorias dos actos do contratista–, doutrina esta da atribución de responsabilidade ó concesionario que se reconeceu reiteradamente<sup>18</sup>.

A doutrina maioritaria vese alterada cando a Administración incide en silencio con ocasión de resolve-lo expediente administrativo ó que aluden a LEF e o Regulamento de contratos,

<sup>15</sup> SSTC 22 de novembro de 1985, 19 de decembro de 1987, 25 de outubro de 1989 e 20 de marzo de 1990.

<sup>16</sup> A omisión ou mal funcionamento dos sinais de advertencia de perigo por realización de obras en estradas, abertas ó tráfico, que a Lei de seguridade vial e o seu Regulamento do 17 de xaneiro de 1992, artigo 140, lle imponen como deber ó contratista realizador daquelas.

<sup>17</sup> Sentencias 28 de maio de 1980 (RA 2844) e 24 de outubro de 1984 (RA 6194).

<sup>18</sup> Sentencia do 25 de xaneiro de 1992 (RA 1343), un sector de actividade privada regulamentada, o gas; exonera de responsabilidade o Estado e declara responsable dun accidente a entidade concesionaria.

Sentencia do 6 de outubro de 1994 (RA 7399).



evento no que segundo as sentencias do 29 de setembro de 1989 (RA 6683), 9 de maio de 1995 (RA 4210) e do 11 de xullo de 1995 (RA 5632) ha de presumirse que a Administración asume a súa responsabilidade, sen prexuízo do seu dereito a repetir, se procedese, fronte ó concesionario ou contratista.

Por outra parte, o Consello de Estado en diversos dictames, de entre os que é paradigma o do 12 de xullo de 1973 (exp. 38.603), foi do parecer de entender aplicables á responsabilidade de contratistas e concesionarios as regras da Lei de expropiación, as mesmas cás que rexen respecto da responsabilidade da Administración<sup>19</sup>.

A idea non é outra, segundo o relator, que a que no resarcimento dos danos producidos pola prestación de servizos públicos non pode introducir discriminación ningunha en relación coa posición do suxeito danado, que non ten por qué ver recortada a súa esfera patrimonialmente garantida fronte ós danos inferidos no marco do sector público, e que é a adoptada polo artigo 106.2 da Constitución, polo dato de que a xestión do servizo sexa directa ou indirecta.

Sinalaba o Consello de Estado que se ben o criterio do encadramento orgánico do axente produtor do dano dentro da esfera administrativa poderá ser coherentemente esgrimido para a determinación do suxeito responsable, non poderá selo para restrinxir-la cobertura indemnizatoria do particular lesionado, con remisión ás normas, menos garantistas, do dereito civil. Por canto que o dereito a ser indemnizado que asiste ó particular lesionado está configurado en termos substantivos polo artigo 121 da LEF, con independencia de que o servizo se xestione directa ou indirectamente, pois o contrario produciría evidentes e inadmisibles consecuencias discriminatorias para supostos obxectivamente idénticos.

Para o relator non era tan explícito que o artigo 121 LEF proclamase unha responsabilidade obxectiva; segundo a súa apreciación, acaso só cabe inducilo do seu esquema como consecuencia lóxica do sistema, pola maior garantía e a xenerosidade que implica este criterio e porque todo se apoia nunha decisión administrativa que habería de operar sobre idénticas bases.

De tódolos xeitos, ó teor de artigos tales como o 128 do RSCCLL e o 72.3 da Lei de contratos, ó proclamaren o deber de indemnizar os danos provocados por operacións que requiran o desenvolvemento do servizo, ofrecen un maior apoio sobre a tese propugnada<sup>20</sup>.

O período ata o que se prolonga a responsabilidade do contratista parece que debía dilucidarse, segundo algúns autores, ó

<sup>19</sup> Dictame n.º 45.276, do 17 de xuño de 1983, no que se confirma o criterio.

<sup>20</sup> Sentencias do 28 de maio de 1980 (RA 2844) e 18 de decembro de 1982 (RA 8028).



amparo dos artigos 171 do Regulamento de contratos e da cláusula 73 do Prego xeral de cláusulas administrativas xerais de 1970, que lle impoñen o deber de conservación e policía das obras, unha vez producida a recepción provisional e ata a recepción definitiva, e o de responder dos danos "na obra".

Na opinión do concelleiro, a conclusión é acertada, pero non polo apoio que ofrecen estes preceptos que se refiren a prexuízos "na obra" e non consecuentes a esta e inferidos a terceiros. O fundamento deviría dos efectos e da transcendencia que ofrece a recepción definitiva e do concepto de prestación de resultado que ten a execución de obra pública<sup>21</sup>.

Por outro lado, respecto da xurisdicción competente, a Lei 30/92 produciu a unificación, en sede CA, da competencia para coñecer das cuestións sobre responsabilidade das administracións.

A doutrina da *vis atractiva*, reiteradísima pola Sala 1ª do Tribunal Supremo, aceptouna o Tribunal de Conflictos de Xurisdicción<sup>22</sup>. Pero dúas recentes sentencias da Sala Primeira do Tribunal Supremo, do 3 de outubro de 1994 (RA 7443) e do 31 de outubro de 1995 (RA 7734), iniciaron unha nova formulación, para soste que a *vis atractiva* da xurisdicción civil fronte á Administración pública codemandada só procederá cando se constate que esta foi efectivamente corresponsable e que mediou solidariedade por procederen ámbalas responsabilidades do mesmo título, correspondendo en caso contrario procederá a absolución da Administración na instancia por falta de xurisdicción.

Non obstante, como resultado do réxime dos artigos 121 e 123 da LEF e 134 do Regulamento de contratos, os concesionarios e os contratistas víanse sometidos ó foro da XCA, e tamén aquí se deu con reiteración a práctica *contra legem* sobre a base de que os reclamantes prexudicados resolvían a cuestión en sede civil ó codemandaren o concesionario-contratista e a Administración, sen utilizaren o trámite da LEF, o que non era obxecto de reproche na vía civil.

A LRPAC non variou o réxime do foro competencial de concesionarios e contratistas, se ben o Real decreto 429/93 que a desenvolveu contén dúas prevencións:

- a) Derrogou os artigos 133 a 138 do Regulamento LEF, e en particular o 138 que aludía a prexuízos en servicios concedidos.
- b) Prevén no seu artigo 1.3 a súa aplicación ós danos derivados da prestación ou execución de contratos cando sexa responsable a Administración.

<sup>21</sup> Dictame do Consello de Estado n.º 321/93, do 13 de maio.

<sup>22</sup> Sentencias do 21 de decembro de 1993, 21 de marzo (dúas sentencias), 4 de abril de 1994 e 22 de decembro de 1995.

Segundo o relator, o cambio pendular produciuse pretendidamente coa promulgación da Lei 13/95 de contratos das administracións. O seu artigo 98, aplicable a calquera tipo de contratos administrativos, derogou os artigos 121.2 e 123 LEF polo que ós contratistas e concesionarios se refire; xa non é tan claro, de acordo coa súa apreciación, que a alínea 3 viñese reformar substancialmente o sistema do artigo 134 do Regulamento xeral de contratación, que expresamente derroga.

No aspecto substantivo mantense a responsabilidade do contratista como regra xeral, salvo os supostos xa consolidados de ordes cominatorias ou de vicios do proxecto elaborados pola Administración.

Por outra parte, no caso de que a Administración aprobase ou asumise o proxecto, elaborado por un terceiro contratista distinto ó que executa a obra, será por conta deste a responsabilidade dos danos consecuentes por vicio do proxecto, e ulteriormente da Administración, nos termos do artigo 219 da LCAP.

Por último e como conclusión á súa exposición, para superalas dificultades e, deficiencias que ofrece o sistema ás que parece apuntar a LCAP, e en todo caso para poñerlle definitivamente fin ó deostado presente efecto da "peregrinaxe xurisdiccional", De la Torre Nieto manifestou que a solución máis adecuada radicaría en instaurar un sistema que, baseado no esquema substantivo de responsabilidade directa do concesionario-contratista, se desenvolvería nas seguintes fases:

- a) Petición á Administración polo prexudicado.
- b) Audiencia ó concesionario-contratista.
- c) Dictame do Consello de Estado ou órganos autonómicos equivalentes.
- d) Resolución administrativa, recorrible en vía contencioso-administrativa, sobre a procedencia (no si e no canto) da indemnización e sobre o suxeito responsable.
- e) Responsabilidade subsidiaria da Administración concedente en caso de xestión concedida de servicios públicos. Subsidiariedade non extensible ás execucións de obras en atención a que nestas non se establece, como no servicio público, unha relación estable e duradeira entre contratista e Administración.

Para o que resultaría necesario axustalo texto da recente LRXPAC e reelabora-lo artigo 2.d) do Proxecto de reforma da LXCA, insistindo na cada vez máis evidente transformación desta dende un proceso ó acto previo cara á súa consideración en proceso entre partes dirixido á tutela de dereitos e de intereses lexítimos.

Seguidamente, o director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, **Javier Suárez García**, cunha reflexión en torno á “Responsabilidade do Estado lexislador”, púxolle fin á primeira xornada.

Comezou a súa intervención manifestando que se trata dun tema sobre o que se escribiu e se publicou moito, fundamentalmente no momento no que se estaba a elabora-la LRPAC e, o problema da responsabilidade do Estado lexislador estaba pouco definido na xurisprudencia do Tribunal Supremo. Non obstante, hoxe en día segue presentando cuestións de grande transcendencia.

Tradicionalmente, no dereito comparado e, sobre todo, en épocas pretéritas, negouse a posibilidade de que houbera unha responsabilidade derivada de danos ocasionados por actos lexislativos. Así, a tese no dereito comparado, e tamén en España, era claramente contraria á admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador. Foi a primeira postura defendida polo Consello de Estado francés, que se manifesta en antigos acordos, e tamén foi a postura inicial mantida pola xurisprudencia do Tribunal Supremo español, xurisprudencia preconstitucional<sup>23</sup>.

A partir destas posturas iniciais, vanse abrindo pasos distintos supostos de responsabilidade patrimonial por actos do lexislativo, primeiro no dereito comparado, fundamentalmente en Alemaña e en Francia, e finalmente en España.

A primeira idea parte daqueles estados (ordenamento xurídico alemán) que estableceron mecanismos de control da constitucionalidade das leis, de tal modo que se formula que se unha lei non é antixurídica, normalmente non dará dereito a unha indemnización; pero no momento en que a lei non se acomode á Constitución e haxa un mecanismo xurídico para declara-la súa inconstitucionalidade, é posible que se provoquen prexuízos, concorra a nota da antixuridicidade do dano e, en consecuencia, se poidan aboar indemnizacións.

Esta idea plasmaríase en dous supostos característicos: por un lado, as leis que sexan materialmente expropiatorias e que non vaian acompañadas da correspondente indemnización, e, por outro lado, leis que anque non sexan materialmente expropiatorias, ben ocasionan elas mesmas prexuízos, ou ben dan lugar a actos de aplicación que os ocasionan, de tal modo que, se a lei é inconstitucional e resulta anulada, eses actos que imponen un sacrificio convértense en danos antixurídicos e xorde a posibilidade da reparación.

En canto ó tema das leis expropiatorias, están expresamente recoñecidas na Constitución alemana (artigo 14), e son tamén

<sup>23</sup> SSTs do 22 de maio de 1970, 11 de febreiro de 1971, 12 de novembro de 1971.



admitidas polo noso Tribunal Constitucional. O caso máis paradigmático é a expropiación do Grupo Rumasa; aquí xa o Tribunal Constitucional, na "Sentencia Rumasa 1"<sup>24</sup>, sinalou que estas leis singulares son posibles sempre e cando existan circunstancias especiais que fagan que pasen o test de constitucionalidade dende o principio de igualdade.

Xunto a estes dous supostos característicos, tamén se foi abrindo paso un terceiro suposto que é sen dúbida ningunha o máis problemático. Consiste basicamente en que cando unha lei, conforme á Constitución, é dicir, perfectamente lícita, lles ocasione un sacrificio especialmente intenso a unha persoa ou a un grupo de persoas poida xurdir a posibilidade de resarcimento. Este suposto abordouno o Consello de Estado francés, que en diversas resolucións foi contradicindo a súa doutrina inicial e considerando que si era posible un resarcimento como consecuencia destes actos legislativos<sup>25</sup>. A idea do Consello de Estado francés era que nestes casos se rompe o principio de igualdade dos cidadáns fronte ás cargas públicas e que podía xurdir unha obriga de indemnizar sempre que se cumprisen unha serie de requisitos:

- Que non se actuase en virtude dun interese xeral prevalente, como pode ser a protección da saúde.
- Que a lei non exclúa expresamente a indemnización.
- Que o prexuízo sexa un prexuízo de suficiente gravidade.
- Que as actividades prexudicadas non fosen repreensibles ou fraudulentas, como sucedía cunha Lei do 13 de abril de 1946 que ordenou o peche das casas de tolerancia, en termo certamente eufemístico.

Por outro lado, en Alemaña tamén se establece a posibilidade deste tipo de reparacións baseándose na idea da chamada alí "Teoría do sacrificio": pártese da necesidade de respectalo principio de igualdade e a xustiza distributiva e, en aplicación destes principios, considérase que cando unha lei acomodada á Constitución ocasiona determinados sacrificios pode xurdir-la obriga de indemnizar.

O suposto anterior é o máis problemático de cara á posible admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador. Así, pódense suscitar unha serie de problemas de certa importancia, sobre todo á vista desta admisibilidade das chamadas "leis singulares", que poden afectar a suxeitos determinados, e tamén polo feito de que é posible que os poderes públicos, precisamente para evitar ou para entorpece-la posibilidade de obter unha indemnización, blinden certas actuacións dándolle forma de lei, de tal modo que ante esta blindaxe un dos mecanismos

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

<sup>25</sup> Acordos do Consello de Estado francés do 14 de xaneiro de 1938, 25 de xaneiro de 1963.

de reacción podería ser o de recoñecer de forma xenérica a responsabilidade do Estado lexislador (por exemplo, Lei de espazos protexidos).

Por último, na doutrina e no dereito comunitario tamén se vai abrindo paso outro suposto de responsabilidade do Estado lexislador que sería o derivado da inactividade do lexislador, especialmente no relativo á falta de transposición de directivas comunitarias ó ordenamento xurídico interno<sup>26</sup>.

Respecto do esquema para abordar este tipo de responsabilidade, segundo o relator, en principio non formulan problemas as leis materialmente expropiatorias e as leis inconstitucionais que ocasionen prexuízos, en tal caso a admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador está comunmente admitida.

Maiores problemas formulan os danos derivados de leis constitucionais. Os preceptos da Constitución española que se poderían invocar en relación con esta problemática serían:

1º. O artigo 9.3, que establece o principio xeral de responsabilidade de tódolos poderes públicos e de interdicción da arbitrariedade.

2º. O artigo 33.3, que establece a garantía expropiatoria.

3º. O artigo 106.2, que recoñece o principio xenérico de responsabilidade patrimonial da Administración.

4º. O artigo 121, que regula a responsabilidade da Administración como consecuencia dos danos ocasionados pola Administración de Xustiza en supostos de erro xudicial ou de funcionamento anormal da dita Administración.

Na opinión do relator, a Constitución española, se pensamos no terceiro suposto aludido, non establece un principio xeral de responsabilidade como consecuencia dos actos lexislativos. Fronte ós intentos de certo sector doutrinal<sup>27</sup> de asentar un principio xeral de responsabilidade patrimonial no artigo 9.3, Suárez García mantén que esta formulación é notoriamente insuficiente. O artigo 9.3 establece un principio xeral de responsabilidade de tódolos poderes públicos, pero ese principio xeral de responsabilidade non prefigura nin qué tipo de responsabilidade hai que esixirlles a tódolos poderes públicos nin tampouco con qué intensidade ou por qué mecanismos hai que esixila. Cando se fala do principio de responsabilidade dos poderes públicos pódese estar facendo referencia a responsabilidades penais de cargos públicos, responsabilidades disciplinarias, responsabilidades políticas e tamén a responsabilidades patrimoniais; pero dicir que tódolos poderes públicos son responsables –entón tódolos poderes públicos responden patri-

<sup>26</sup> SSTXCE 19 de novembro de 1991, 16 de decembro de 1993.

<sup>27</sup> GARRIDO FALLA, F.



monialmente polos danos que ocasionen- é unha formulación que non ten fundamento suficiente no artigo 9.3. Por outro lado, hai que ter en conta que o propio artigo 9.3 cando concreta ese principio xeral de responsabilidade sobre sectores determinados faino con distinta intensidade: así, para os danos ocasionados polo funcionamento dos servizos públicos (artigo 106.2) establece unha responsabilidade obxectiva, sen embargo cando se refire ós danos ocasionados pola Administración de Xustiza esa responsabilidade ten perfís distintos, por supostos determinados por erro xudicial ou funcionamento anormal. Con isto cabe pensar que se non se estableceu expresamente a responsabilidade do lexislador pode ser porque o constituínte pensaba que con outros mecanismos de esixencia de responsabilidade sería suficiente, o que a xuízo do relator non hai razón para soste-lo é que o réxime de responsabilidade patrimonial da Administración poida pasar sen máis ós actos realizados polo lexislativo.

Neste esquema, cómpre ver tamén a regulación legal que se fai desta institución. Pois ben, o artigo 139.3 da LRPAC regula ou aborda por primeira vez no noso dereito o problema da responsabilidade das administracións públicas derivada de actos lexislativos<sup>28</sup>. De acordo con este artigo, ante o silencio da lei o principio xeral producirase a non esixencia de responsabilidade como consecuencia de actos lexislativos de carácter non expropiatorio. Co que se pecha unha liña xurisprudencial que viña entendendo que ante o silencio da lei era posible que a xurisprudencia determinase se o cidadán tiña que soportar ou non ese dano e se cabía unha indemnización como consecuencia dese acto de natureza lexislativa.

Seguidamente, o relator detívose en explica-la evolución da xurisprudencia española en relación con esta materia.

O Tribunal Constitucional tivo ocasión de pronunciarse en relación con estes supostos como consecuencia dun caso típico, que deu lugar posteriormente no Tribunal Supremo a unha infinidade de sentencias, que é a anticipación da idade de xubilación dos funcionarios, fundamentalmente dos profesores de educación básica, no Decreto lei 17/1982, do 24 de setembro, na Lei de medidas urxentes para a reforma da función pública, e, posteriormente, na Lei 53/1984, do 26 de decembro, en relación coas incompatibilidades. O Tribunal Constitucional, respecto desta materia, pronunciouse en diversas sentencias<sup>29</sup> nas que a formulación fundamental leva o Alto Tribunal a considerar que o funcionario, se ben dende o momento en que ingresa ó servizo dunha Administración ten uns dereitos, e cita o "dereito

<sup>28</sup> Artigo 139.3 LRPAC: "As administracións públicas indemnizarán os particulares pola aplicación de actos lexislativos de natureza non expropiatoria de dereitos e que estes non teñan o deber xurídico de soportar, cando así se establezan nos propios actos lexislativos e nos termos que especifiquen os ditos actos".

<sup>29</sup> SSTC do 26 de xullo de 1986, 11 de xuño de 1987, 16 de xullo de 1987 e 19 de abril de 1988.



á xubilación" ou o "dereito ás situacións administrativas", considera que soamente terá que ir acompañada a lei da garantía expropiatoria máis típica, que é a indemnización, nos casos en que haxa unha privación deses dereitos, pero non nos supostos nos cales a privación recaía sobre simples expectativas ou o que se produza sexa non unha privación do dereito senón unha regulación, delimitación ou limitación<sup>30</sup>. Nestes supostos entende o Tribunal Constitucional que non estamos perante unha operación de carácter expropiatorio e, en consecuencia, non é inconstitucional, a lei, pola vulneración do artigo 33 da Constitución Española. O que si di, nunha expresión un tanto enigmática que deu lugar a moitos procedementos posteriores, é que "este tipo de operacións poden merecer algún xénero de compensación porque realmente están ocasionando un prexuízo patrimonial". Este "merecer algún xénero de compensación" foi entendido por certos operadores xurídicos como que o Tribunal Constitucional estaba abrindo a vía para que posteriormente os tribunais ordinarios puidesen, pola vía da responsabilidade patrimonial, conceder indemnizacións, e por esta razón se formularon unha infinidade de reclamacións, primeiro en vía administrativa, e posteriormente perante o Tribunal Supremo.

Nun primeiro momento, o Tribunal Supremo, ante esta avalancha de reclamacións, realiza unha serie de consideracións xerais que parece que admiten a responsabilidade do Estado lexislador, é dicir, admiten a posibilidade de que, como consecuencia de que un acto lexislativo lle ocasione un prexuízo patrimonial a un cidadán, este poida obter unha indemnización; o Tribunal Supremo considera que neses supostos a solución contraria vulneraría certos principios constitucionais. Sen embargo, estas pretensións rexeitounas o Tribunal Constitucional baseándose nun argumento de carácter formal: a reclamación en vía administrativa non se dirixira contra o Consello de Ministros, que tiña que ser o órgano perante o que se formularon inicialmente este tipo de reclamacións.

A partir dunha célebre Sentencia do 30 de novembro de 1992, que é cando xa lle chega ó Tribunal Supremo unha petición de responsabilidade por actos do lexislador correctamente formulada perante o Consello de Ministros, aquí cambia de tercio e cando ten que decidir sobre o fondo di que non hai lugar para a responsabilidade por actos lexislativos, por entender que nestes supostos se non está expresamente prevista nunha norma con rango de lei ou nunha lei esa responsabilidade do Estado lexislador, prodúcese un baleiro legal que non pode colmala xurisprudencia.

<sup>30</sup> Regulación *ex novo* do contido do dereito.

Por último, a pesar de que se seguen formulando en moitas ocasións discursos acerca da posibilidade de que exista unha responsabilidade do Estado lexislador, Suárez García deixou constancia de que só tiña coñecemento dunha sentenza do Tribunal Supremo onde realmente se establecía ese principio de responsabilidade, e é a STS do 5 de marzo de 1993, que trata dunha reclamación formulada pola entidade "PESCANOVA, S.A." como consecuencia da supresión de certos beneficios fiscais sobre quiñóns de peixe exentos de arancel que se lles concedían ás importacións de peixe para aquelas empresas estranxeiras que estivesen participadas por empresas españolas. Aquí o Tribunal Supremo considera que esta posibilidade foi unha medida de fomento adoptada polo Goberno; que a constitución destas empresas tiña que someterse a unha autorización administrativa, e que así se fixo; e que, en atención a estes posibles beneficios, as empresas optaron por esa vía, e obtiveron importantes desembolsos. En consecuencia, no momento en que se anulan eses beneficios fiscais, como resultado da entrada de España na CEE e por aplicación do artigo 168 do Tratado de Roma, enténdese que se ocasionou unha privación ou unha lesión nun dereito ou nun interese lexítimo desas empresas e que cabería a posibilidade de esixir tales indemnizacións. Esta sentenza baséase no chamado "principio de confianza lexítima dos cidadáns", que desenvolveu o Consello de Estado francés e que tamén ten algunha manifestación en certas sentencias do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas e nalgunha doutrina do Consello de Estado.

Por todo iso, o relator concluíu e afirmou que as sentencias do Tribunal Constitucional non dan lugar a un recoñecemento da responsabilidade do Estado lexislador. Dá a impresión de que cando o Tribunal Constitucional enigmáticamente se refire a que cabería, por certos prexuizos, establecer algún tipo de compensación, se está dirixindo máis ó poder lexislativo que ó poder xudicial, o que está reclamando é que o poder lexislativo arbitre eses mecanismos de indemnización.

Na xurisprudencia do Tribunal Supremo tamén chama moito a atención que naqueles casos en que as argumentacións non serven para fundamentala resolución, é dicir, naqueles pronunciamentos das demandas, o Tribunal Supremo si di que cabe a responsabilidade do Estado lexislador, pero cando realmente ten que fundamentala resolución aplica unha doutrina máis restrictiva.

Ó rematar esta intervención abriuse un interesante coloquio, moderado polo director da EGAP, que contou coa participación

activa do público presente na sala, e no que se debateron asuntos e problemas de interese relativos ós relatorios expostos e ó tema obxecto de estudio. As preguntas que formularon os asistentes evidenciaron o alto nivel intelectual e xurídico do auditorio.

A xornada do día 23 iniciouna **José Guerrero Zaplana**, maxistrado especialista da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, cunha exposición sobre "A responsabilidade patrimonial da Administración no ámbito sanitario público".

Inicialmente formulou a orixe constitucional da materia obxecto da súa intervención.

A Constitución española de 1978 dedícalle dous parágrafos do artigo 43 a esta cuestión. No parágrafo primeiro recoñécese o dereito á protección da saúde. E no parágrafo segundo sinalase que lles compete ós poderes públicos organizar e tutela-la saúde pública a través de medidas preventivas e das prestacións e dos servicios necesarios; a lei establecerá os dereitos e os deberes de todos respecto disto.

De acordo co maxistrado, a combinación do dereito á saúde co pluralismo participativo esixe a creación dun sistema de saúde moderno e eficaz como compromiso fundamental dos poderes públicos. Nesta materia é importante a distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas; por iso, non debe esquecerse que o artigo 149.1 da mesma Constitución lle atribúe ó Estado competencia exclusiva en materia de bases e de coordinación da sanidade e lexislación sobre produtos farmaceuticos (alínea 16) e en materia de lexislación básica e réxime económico da Seguridade Social (alínea 17); todo iso sen prexuízo da participación das comunidades autónomas na execución dos servicios da Seguridade Social e da posibilidade de asumir competencias en materia de asistencia social, sanidade e hixiene que lle recoñecen os números 20 e 21 da alínea 1 do artigo 148.

Cuestión fundamental de toda organización sanitaria é a que se refire á determinación da responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria como consecuencia da actuación dos profesionais da medicina. Neste punto Guerrero Zaplana manifestou que é esencial, por unha parte, a determinación dos dereitos dos pacientes, que deben estar protexidos polas normas que regulan o sistema de saúde, e por outra parte, a regulación da actuación dos profesionais que deben aplicar unhas técnicas cada vez máis avanzadas e que, precisamente para iso, deben contar cun marco normativo claro que lles permita toma-las súas



decisións no ámbito estrictamente médico, pero con perfecto coñecemento de cáles poidan ser as consecuencias xurídicas da dita toma de decisións.

Respecto dos requisitos da responsabilidade patrimonial en materia sanitaria, multitude de sentencias do Tribunal Supremo, cunha doutrina constante e mantida ó longo de moitos anos, establecen os requisitos que son básicos para que naza esta forma de responsabilidade. A Sentencia con data do 21 de novembro de 1995 (relator Sr. Peces Morate) cita outras moitas sentencias anteriores que son conformes na enumeración de tales requisitos<sup>31</sup>. En todas elas os requisitos básicos son os seguintes:

- a) A efectiva realidade dun dano ou dun prexuízo avaliable economicamente e individualizado en relación cunha persoa ou cun grupo de persoas, isto é, a lesión nos bens ou dereitos do cidadán.
- b) Que o dano sufrido sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos, nunha relación directa de causa a efecto, sen intervención estraña que puidese influír no nexo causal.
- c) Que non se producise por forza maior.

A continuación, o maxistrado referiuse particularmente a cada un dos requisitos mencionados.

O elemento que deu lugar a unha máis ampla xurisprudencia en materia de responsabilidade patrimonial no ámbito sanitario é a cuestión do nexo de causalidade e as circunstancias que o interrompen. Neste punto a xurisprudencia é unánime na consideración de que estamos ante unha forma de responsabilidade obxectiva<sup>32</sup>.

En todo caso, debe terse en conta que para que exista responsabilidade patrimonial é imprescindible que exista relación de causalidade entre o acto da Administración fronte á que se reclama e o dano sufrido, só sobre esta base se pode establecer un nexo de causalidade asentado na responsabilidade obxectiva<sup>33</sup>.

Non obstante, o carácter obxectivo da responsabilidade non impide que existan supostos nos que se conclúe coa falta de acreditación da suficiente relación de causalidade, co efecto da conseguinte inesixencia de responsabilidade patrimonial<sup>34</sup>.

Por outra parte, existen dous supostos de concorrencia de causas que son de especial relevancia dentro do ámbito da responsabilidade patrimonial en materia sanitaria: aqueles nos que intervén a conducta do paciente e aqueloutros nos que os danos ou a lesión resultan da utilización de material defectuoso.

Os casos nos que intervén a conducta do paciente deben distinguirse daqueloutros nos que o dano é o resultado da evolu-

<sup>31</sup> Sentencias do 13 de marzo de 1989, 5 de outubro de 1993, 22 de febreiro de 1994 e do 22 de abril de 1994.

<sup>32</sup> Sentencias do 22 de abril de 1994, STS do 3 de xuño de 1995 (que reproduce o dito noutras anteriores como as do 4 de xuño de 1994, 25 de febreiro de 1995 e a do 1 de abril de 1995).

<sup>33</sup> SSTs do 11 de maio de 1992, a do 6 de febreiro de 1996 (Ponente Sr. Tejada González), e a do 17 de xaneiro de 1997 (Ponente Sr. Sieira Míguez).

<sup>34</sup> STS do 8 de xullo de 1995.

ción natural da enfermidade sufrida polo usuario dos servizos sanitarios. Guerrero Zaplana referiuse ós supostos en que o dano ou a súa agravación son consecuencia da confluencia de dous feitos: a conduta do paciente e o acto médico. Nestes supostos, o paciente ten, entre tódalas súas obrigas, dúas que son as máis significativas: cumpri-lo tratamento médico e segui-las indicacións do facultativo así como o deber de responsabilizarse dun uso adecuado das prestacións ofrecidas polo sistema sanitario e da utilización correcta dos servizos e prestacións terapéuticas<sup>35</sup>. Non obstante, a conduta do paciente, consistente en negarse a cumpri-lo tratamento prescrito polo médico, é perfectamente lécitima, anque a dita negativa debe afectar á relación de causalidade para o suposto de que se sufran danos como consecuencia da asistencia recibida. A solución desta clase de conflitos en que hai unha concorrencia de causas na produción de danos leva a aplica-lo principio de proporcionalidade entre a conduta da vítima e o resultado lesivo, co fin de modera-la obriga de indemnizar da Administración.

O outro suposto formulado polo relator de concorrencia de causas é o dos casos de utilización de instrumental defectuoso; o dano pode derivar do consumo dun medicamento en mal estado (sangue contaminado) ou do uso dun aparello defectuoso (cobaltoterapia ou raios láser en microcirurxía). Nestes supostos prodúcese unha concorrencia de causas: por unha parte, a Administración hospitalaria é a causante directa do dano ó subministra-lo medicamento ou ó emprega-lo aparello defectuoso; por outra parte, o causante mediato do dano é o fabricante do produto ou aparello defectuoso, pois, de estar en condicións, non se produciría o resultado lesivo. Hai que ter en conta que existe unha relación entre a Administración e o fabricante<sup>36</sup>, pero non existe relación directa entre o subministrador e o paciente que sofre o dano. A Administración é autora material do dano pois, fai uso, por si mesma, do produto subministrado, sen embargo o razoable é que esa Administración repare o dano sen prexuízo de que, unha vez reparado, poida repetir contra o subministrador.

Respecto dos supostos de exclusión da relación de causalidade, a xurisprudencia, na liña de obxectiviza-la responsabilidade, considera supostos nos que rexeita a alegación da existencia de erro invencible ou forza maior<sup>37</sup>.

Por outro lado, dende o momento en que se constitúe a institución da responsabilidade patrimonial sobre a base da responsabilidade obxectiva, o concepto de lesión patrimonial pasa a ser esencial e a constituírse na base do sistema. A dita lesión

<sup>35</sup> Artigo 11 da Lei xeral de saúde.

<sup>36</sup> Relación regulada pola Lei de contratos das administracións públicas.

<sup>37</sup> Sentencia do 16 de febreiro de 1996.



debe reunir unha condición fundamental: debe ser antixurídica, entendida non como que sexa contraria a dereito senón no sentido de que o suxeito que a sofre "non teña o deber xurídico de soportala". Ademais, debe terse en conta que calquera ben ou dereito pode ser obxecto de lesión indemnizable; así, a inicial limitación que estaba recollida no artigo 121 da Lei de expropiación forzosa<sup>38</sup> foi superada tanto polo establecido nos artigos 133 do Regulamento de expropiación forzosa e no 40.1 da Lei de réxime xurídico da Administración do Estado, como, sobre todo, polos artigos 106.2 da Constitución e o 139 da LRPC. Só se exclúen da consideración de danos, os eventuais ou simplemente posibles, é dicir, tódolos que non son seguros na súa produción; por tanto, só é indemnizable o dano que sexa real e non potencial, presente e non futuro, auténtico dano e non simple molestia, comprobable e non hipotético.

Dende o punto de vista da necesidade da indemnización e da cuantificación desta, distínguese entre danos persoais e morais:

■ Respecto dos danos persoais<sup>39</sup>, os pronunciamentos xudiciais atenden á súa reparación baseándose en dous elementos: por un lado, gastos de hospitalización e asistencia ata a recuperación, e por outro, unha cantidade fixada discrecionalmente tendo en conta a idade, as cargas familiares, os ingresos profesionais, as expectativas de traballo do afectado, etc.

■ Respecto dos danos morais, a súa reparación é aceptada sen discusión. A xurisprudencia estableceu unhas notas xerais sobre esta clase de danos<sup>40</sup>: en primeiro lugar, que o dano moral indemnizable non é a lesión dun dereito ou dun interese lexítimo patrimonial, senón que trae causa da lesión dun ben ou dun dereito integrado no ámbito das relacións afectivas familiares; en segundo lugar, que a súa existencia non precisa proba e que debe presumirse como certa; en terceiro lugar, que a súa cuantificación queda ó prudente arbitrio dos tribunais.

Por outra parte, respecto da xurisdicción competente para coñecer das reclamacións de responsabilidade patrimonial no ámbito sanitario, a primeira cuestión que hai que establecer para a súa determinación consiste, segundo o relator, en fixar cál será a lexislación aplicable a cada caso concreto, pois a modificación substancial operada dentro do ámbito administrativo pola LRPC supuxo un cambio no criterio anteriormente mantido. A xurisprudencia que emana das resolucións da sala de conflitos do Tribunal Supremo ensina que o dato fundamental para determinar a lexislación aplicable é o que se refire á data da presentación da reclamación de responsabilidade fronte

<sup>38</sup> Artigo 121 LEP: "... bens e dereitos ós que esta lei se refire...".

<sup>39</sup> Morte e lesións físicas ou psíquicas.

<sup>40</sup> SSTs do 15 de xullo de 1991 e do 20 de abril de 1992.



ó ente que considera, o particular reclamante, responsable dos danos sufridos pola defectuosa prestación e asistencia sanitaria.

Este criterio é o seguido no Auto número 14, do 27 de outubro de 1994<sup>41</sup>, que entende que é de aplicación a LXPAC ás reclamacións presentadas con posterioridade á entrada en vigor da lei; ó aplica-la disposición final, parágrafo segundo desta, resulta que a entrada en vigor se produciría ós tres meses da publicación no *BOE*, como a publicación se produciu o día 27 de novembro de 1992, entrou en vigor a partir do día 27 de febreiro de 1993. En consecuencia, a partir de entón, debe aplicarse o título X da antedita norma, que recolle a materia de responsabilidade das administracións públicas e das súas autoridades e demais persoal ó seu servizo, e dedícalle os artigos 139 e seguintes. Criterio este que comparte a disposición final única do R.D. 429/93, segundo o cal o regulamento que contén entraría en vigor, o día seguinte, ó da súa publicación no *BOE*.

En todo caso, para o coñecemento das cuestións relativas a peticións de indemnización por defectuosa asistencia sanitaria, os órganos xurisdiccionais competentes deben ser, na opinión de Guerrero Zaplana, os órganos da xurisdicción contencioso administrativa, que manteñan a competencia dos órganos da xurisdicción social para o coñecemento dos asuntos atribuídos polos artigos 9.5 LOPX e 2 LPL, dentro dos que están os de Seguridade Social, pero sen que, os discutidos nesta intervención, teñan a consideración de asuntos de Seguridade Social.

En calquera caso, e dado o criterio que resulta das últimas resolucións da sala cuarta do Tribunal Supremo, contrario a esta argumentación, o maxistrado rematou a súa intervención sinalando que quizais a solución final á "peregrinaxe xurisdiccional" non veña senón pola vía da creación dunha sala dentro do Tribunal Supremo que teña por misión unifica-los criterios das diversas salas e que o faga con resolucións de entidade e formato tales que permita sentar unha xurisprudencia consolidada<sup>42</sup>.

A continuación, **Dositeo Rodríguez Rodríguez**, conselleiro de Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, presentou ó último relator das xornadas, **Ramón García-Malvar e Mariño**, fiscal-xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que desenvolveu o tema titulado "A responsabilidade subsidiaria das administracións públicas á luz do novo Código penal".

Despois de dirixirlle unhas palabras de afecto e de gratitude ó conselleiro, iniciou o seu relatorio e fixo referencia á figura do ilustre xurista Eugenio Montero Ríos, como redactor da Lei

<sup>41</sup> Reiterado nos autos de 1996 e 1997.

<sup>42</sup> Esta é a solución achegada no voto particular á Sentencia da sala cuarta do 10 de xullo de 1995 e que despois reproduciron os autos da sala de conflitos coa data do 11 de decembro de 1995 (autos números 13 e 14).

orgánica do poder xudicial e do Código penal, ambos do ano 1870. Nese Código penal trazábanse as liñas mestras da responsabilidade penal, pero tamén as da responsabilidade civil; singularidade esta da nosa lexislación que se traduciu nunha gran sinxeleza e celeridade no desenvolvemento do proceso. Esas liñas mestras, que recollen tanto a responsabilidade directa como a responsabilidade subsidiaria, seguen manténdose na actualidade, aínda que con lixeiros retoques, no Código penal de 1995.

A partir da LRXPAC, sobre todo nos recursos de casación establecidos polas avogacías do Estado, ó declara-la responsabilidade civil do Estado, estas sempre alegaban que o artigo 22 do Código penal estaba derogado precisamente polas disposicións contidas nesa lei. Non obstante, tódalas sentencias do Tribunal Supremo, unanimemente, mantiñan a presenza e a vivencia do artigo, que declaraba a responsabilidade civil das entidades e dos organismos, entre os cales se encontraba incluído o Estado.

O proxecto de 1992<sup>43</sup> provocou que a Lei 30/92 tivese como un dos seus obxectivos subverter-lo sistema parello da xurisdición penal de levar consigo, non só a responsabilidade penal, senón tamén a civil.

A partir de 1992 predominou unha xurisprudencia que obriga os tribunais a que non se pronuncien en absoluto sobre as responsabilidades civís, unha vez establecido que estas responsabilidades se axustarán ó que diga o Tribunal de Contas, ou sexa, ó alcance marcado por ese Tribunal. Así, a Audiencia Provincial da Coruña conta xa cunha serie de pronunciamentos nos cales se recoñece precisamente a comisión dun delicto de malversación<sup>44</sup>, pero non se fixa a cantidade porque xa se lle encomenda ó Tribunal de Contas o labor de determinar cál é o importe do alcance desa responsabilidade.

Na opinión do fiscal, parece moi adecuada esta medida, sobre todo cando a fiscalía en innumerables ocasións carece de peritos contables e se enfronta con materias que lle son totalmente alleas. É preferible, segundo as súas palabras, que o importe o sinale o Tribunal de Contas e non a propia fiscalía, porque, en xeral, todas estas materias necesitan peritos dos que a fiscalía aínda carece.

No ano 1992 obrigaba á non introducción no Código penal da materia das responsabilidades civís do Estado, e había que suxeitarse a todo o procedemento establecido na LRXPAC. Naquel momento toda a doutrina xurídica elaborada polo Tribunal Supremo en materia de responsabilidades víñase abaixo,

<sup>43</sup> Proxecto redactado case parelamente á LRXPAC.

<sup>44</sup> Suposto delicto no que desaparecieron unha serie de fondos públicos.



ó establecerse un esquema totalmente distinto ó que se viña mantendo ata entón: no caso de responsabilidades do Estado ou das comunidades autónomas, municipios ou actividades desenvolvidas polo Estado, calquera que fose a súa faceta ou función, non podía pronunciarse sobre o problema das responsabilidades civís, e tiña que suxeitarse ó procedemento establecido na LRPAC, e a súa complementaria despois do ano 1993.

Pero contra este criterio levantouse toda a doutrina científica, e sobre todo o Consello Xeral do Poder Xudicial no seu dictame relativo ó proxecto de Código penal de 1992, para poñer de relevo que non estaba conforme con ese sistema e que tódalas grandes modificacións introducidas traen consigo unha grande inseguridade. Segundo o fiscal-xefe, é certo que estamos avanzando, pero estamos avanzando sobre un campo extraordinariamente movedizo, porque non temos seguridades. Aquela famosa lei aquiliana romana da culpa chegou ata nós e estive-mos manexando estes conceptos ata hai moi pouco, pero os avances técnicos, as modificacións introducidas, as novas formas de convivencia social, a maior seguridade e socialización, o feito de que o Estado teña que garanti-la saúde, e incluso todo o que establece a Constitución (artigo 106.2), obríganos a camiñar por un deserto, por un campo minado, cheo de incertezas. Así, en moitas ocasións, a fiscalía atendía requirimentos de inhibición á xurisdicción contencioso-administrativa formulados polos xulgados do social, porque estes pretendían coñecer sobre esta materia. E cada resolución da sala de conflitos do Tribunal Supremo, nos seus vaivéns, obrigaba á fiscalía a estar cambiando de criterio: algunhas veces opoñíase ó requirimento de inhibición dos xulgados do social cara ás salas do contencioso-administrativo, e outras veces, para segui-las directrices da sala de conflitos, decantábase pola posición contraria.

O sistema do ano noventa e dous obriga a que se reformule novamente o problema. Polo que o novo proxecto de Código penal, no ano 1994, pasa ás Cortes e abandona ese criterio. O sistema instaurado aparece regulado no artigo 121 do vixente Código penal<sup>45</sup>.

Este artigo é o resultado precisamente de todo o debate parlamentario, non só no Congreso senón tamén no Senado: como a expresión utilizada no artigo era "delictos dolosos ou culposos", levantáronse a xeneralidade dos grupos políticos propugnando unha serie de emendas, porque, en xeral, todas estas responsabilidades están encaixadas dentro da figura da imprudencia. Sobre todo o grupo vasco, especialmente no Senado, foi o que máis protestou ó solicitar que tamén se incluísen as impruden-

<sup>45</sup> O artigo 121 CP, xa comentado na intervención do profesor Bello Janeiro (nota a pé de páxina n.º 1), vén exemplificar toda unha longa xurisprudencia que, polo xeral, situaba no derogado artigo 22 CP a responsabilidade civil subsidiaria do Estado e dos demais entes públicos.



cias, máxime se temos en conta que ata o 26 de maio de 1996 a imprudencia era unha figura xenérica que despois habería de encaixarse dentro do delicto doloso.

Sobre este problema, García-Malvar manifestou a súa crenza de que se chegou a un pacto final, posto que o artigo 121 só fai referencia expresa ós "delictos dolosos ou culposos", con exclusión das faltas, o que orixinou un problema grave de inseguridade.

A Sentencia do 11 de xaneiro de 1997 (RA 112) decántase pola posición que afirma que o sistema é de aplicación tamén ás faltas e, polo tanto, a responsabilidade subsidiaria do Estado será xeral e aplicarase en tódalas circunstancias nas cales exista precisamente unha figura delictiva á cal se enfrente a xurisdicción penal.

Pero o artigo 121 estipula unha dualidade, porque ademais establece que, independentemente do anterior, se terá que seguir o sistema establecido na LXPAC, a non ser naqueles casos nos que sexa necesario, para poder determinalo importe da indemnización, acudir previamente á xurisdicción penal. O lexislador de 1995 só fai unha excepción no momento de dicirmos que se excluírá en todo caso a duplicidade de indemnizacións.

O fiscal-xefe concluíu a súa intervención e afirmou que esta nova andaina en vía penal, respecto da responsabilidade civil do Estado, na forma en que está concibida, necesitará co tempo serios retoques; de momento, segundo as súas palabras, xa nos encontramos co retoque das faltas, aínda se produce o problema da duplicidade relativo a que haberá que establecer e segui-lo procedemento administrativo establecido na LXPAC; pero, consagrado este principio, é co que temos que seguir camiñando.

Despois dun breve coloquio, suscitado polo tema obxecto deste último relatorio e que provocou o espertar de certas inquietudes entre os asistentes, o que demostra indubitablemente o interese da cuestión, o conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia deu por clausuradas as xornadas, non sen antes manifestarlle-lo seu agradecemento ó Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña e á Escola Galega de Administración Pública.

Así clausuráronse estas xornadas, cunha moi notable participación e presenza de público, o que motivou os relatores e organizadores para repetiren a experiencia uns meses despois. 