

*Responsabilidad civil de la Administración Pública **

Alejandro Nieto
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad
de Alcalá de Henares (Madrid, España).
Presidente del Consejo Superior de
Investigaciones Científicas.*

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA EN EL DERECHO EUROPEO
- II. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER EN LA HISTORIA
- III. LAS INNOVACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL
- IV. EVOLUCION EXPANSIVA DE LA RESPONSABILIDAD
- V. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA
- VI. LOS LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD
- VII. LA LEY GENERAL DE ADMINISTRACION PUBLICA EN COSTA RICA

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA EN EL DERECHO EUROPEO

La responsabilidad de la Administración Pública es una de las cuestiones que más preocupan a los juristas europeos del Derecho Público, y cada vez con mayor intensidad puesto que cada día son más graves los perjuicios que de aquí se derivan y más altos los riesgos que se corren. El progreso tecnológico de la humanidad está dominando a la naturaleza ciertamente, pero al coste de bordear peligros ecológicos de alcance planetario y al coste también de eliminar la libre actividad de las fuerzas sociales. Dejando ahora el concierto internacional, es un hecho que cada Estado, dentro de sus fronteras, se ha erigido, más que árbitro, director de la economía y de la vida social, hasta tal punto que nada sucede en un país que no pase por sus manos. A estas alturas nadie puede ya desconocer lo que esto ha significado en orden a la estabilidad de determinadas formas de civilización y de su anejo de comodidad y salubridad individuales. Hoy todo está previsto por el Estado —o al menos se tiende a ello—: desde la población que exista en el año 2000 hasta las viviendas en que ha de alojarse y las escuelas en que ha de formarse. A cuyo efecto ya se están poniendo hoy en marcha las correspondientes campañas de planificación familiar, urbanizando los terrenos en que han de alzarse los edificios del futuro y preparando las semillas de los cultivos que han de consumirse.

Con ello el Estado está asumiendo unas responsabilidades inmensas, puesto que lo que no realiza directamente y permite que continúe en la sociedad civil, lo autoriza en términos muy estrictos de vigilancia y control, cuando no de dirección. Lo

* Texto de la conferencia pronunciada en el Seminario Latinoamericano de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica, 1981.

maismo en los países socialistas que en los capitalistas, la iniciativa privada es una ficción y nada hay que no se reconduzca, más o menos directamente, a una decisión del Estado. En este sentido el Estado es el *responsable total* de las actividades sociales y aun de las individuales, y cuanto de bueno o de malo sucede en un país, el Estado se lo atribuye; de la misma manera que los ciudadanos acuden a él en momentos de necesidad. Los individuos viven actualmente obsesionados por la seguridad y saben que ésta solo puede proporcionársela esa gigantesca organización social que llamamos Estado.

Nada quiere dejarse al azar, nadie quiere asumir la responsabilidad de sus propios actos y ni siquiera de los de sus progenitores. Ya no se reconoce la culpa individual. El pobre, el ignorante, el disminuido y hasta el delincuente desplazan la responsabilidad de su condición al Estado, exigiendo la igualdad y un pronto remedio a su indigencia.

Pero el Estado ¿está en condiciones de aceptar esta carga? ¿Puede la Administración asegurar a todos los ciudadanos un puesto de trabajo, una vivienda digna, una alimentación sana, una cama hospitalaria y una plaza en la Universidad? La experiencia nos dice que no, aunque todos obran como si ello fuera posible. El parado exige su seguro de desempleo, la fábrica un mercado satisfactorio, el turista una carretera confortable y el universitario una formación técnica idónea. Y, por supuesto, nadie lo consigue. Los servicios públicos, si es que existen, funcionan tarde y mal, produciendo daños incalculables a los ciudadanos, y éstos acuden a los jueces reclamando una justicia que, si se les concede, es también tarde y mal, puesto que al fin y al cabo los Tribunales son igualmente servicios públicos.

En definitiva hay una discordancia fatal entre lo que se exige al Estado, lo que éste se compromete a hacer y lo que realmente hace. Esta discordancia genera una responsabilidad social que el Derecho convierte en responsabilidad jurídica, y de lo que ahora se trata es de precisar la articulación técnica de tal responsabilidad jurídica.

De aquí la aludida preocupación de los juristas sensibles al cambio cualitativo y cuantitativo que se está produciendo en los últimos años, y la afanosa búsqueda de fórmulas técnicas que puedan satisfacer de alguna manera las exigencias corrientes; porque se tiene conciencia de que los planteamientos tradicionales ya no valen y de que estamos abocados a una situación rigurosamente nueva para la que habrá que inventar soluciones originales.

Por lo que se refiere a Europa, durante los días 2 al 4 de octubre de 1979 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense el noveno coloquio de Derecho Europeo, organizado por el Consejo de Europa, dedicado cabalmente a este tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En él intervinieron los especialistas más destacados de los países asistentes: García de Enterría (a quien se debió la introducción general) y Leguina por España, H. R. Schwarzenbach por Suiza, H. W. R. Wade por Gran Bretaña, B. Bender por la República Federal Alemana, T. B. Dimitrakakis por Grecia, L. Silveira por Portugal, F. Schockweler por Luxemburgo, M. Kämäräinen por Finlandia, P. Charlier por Bélgica, R. F. V. Heusten por Irlanda y F. W. Hondius por el Consejo de Europa; aparte naturalmente de

otros muchos que acudieron en calidad de observadores y comunicantes. Pues bien, al final de unas jornadas excepcionalmente laboriosas solo pudo llegarse a la conclusión de que la gravedad del problema —común para todos los países— hacía recomendable una profundización teórica, también común, para homogeneizar las técnicas jurídicas que cada país hoy utiliza y que son enormemente heterogéneas por causa de la diferenciación de las raíces históricas de que se alimentan y de los contextos culturales en que viven. Esta homogeneización es necesaria y llegará tarde o temprano, pero los tiempos no están maduros y aún se precisan intensos esfuerzos en esta dirección.

Así las cosas, puede explicarse que en el marco, forzosamente breve, de esta modesta conferencia haya tenido que reducir al mínimo las alusiones al Derecho comparado para concentrarme en el español. En nuestra patria prácticamente todos los administrativistas hemos dedicado algún estudio a este tema y hoy tenemos la fortuna de contar entre nosotros a dos de los especialistas más destacados: los profesores Garrido y Santamaría. Por lo demás, en la bibliografía española es común hacer una copiosa referencia al Derecho comparado, remitiéndome, pues, a ella y muy particularmente a las actas del Coloquio que acaba de ser citado.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER EN LA HISTORIA

Aun no siendo éste un lugar apropiado para entrar en consideraciones históricas detenidas, que nos llevarían muy lejos, resulta ineludible, al menos, recordar que la responsabilidad del Poder (la que hoy llamamos de la Administración Pública) no es una figura original de los tiempos actuales, antes al contrario se remonta a las edades más antiguas. Hasta tal punto que puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el ejercicio del Poder y la exigencia de la responsabilidad han caminado siempre unidas en la Historia. Contra lo que pudiera creerse —y contra lo que suele decirse— desde los más antiguos albores de la Edad Media el poder real ha estado sujeto a una rigurosa responsabilidad por parte de los súbditos. Y responsabilidad efectiva, no meramente teórica, como creo haber demostrado con testimonios contundentes en un largo trabajo publicado en España el pasado año (Alejandro Nieto: "El Derecho como límite del poder en la Edad Media", en *Revista de Administración Pública*, Nº 81. Madrid, 1980, págs. 7-73); donde queda muy claro que los monarcas —de Derecho y también de hecho— respondían de sus actos ante las Cortes, ante los Tribunales de Justicia y ante funcionarios especiales, que en ocasiones eran rigurosamente independientes de ellos.

Lo que sucede es que la articulación concreta de tal responsabilidad ha sido muy variable, al estar obviamente condicionada por el contexto institucional de cada momento. Con la consecuencia de que, aun permaneciendo inalterado el principio, sus manifestaciones concretas han ido cambiando con el transcurso de los siglos y apareciendo de forma muy distinta en cada lugar.

Esta tesis, más o menos oscurecida en ciertos momentos de crisis, nunca ha dejado de estar en vigor. Para comprobarlo basta recordar las enérgicas palabras de

Juan de Mariana, escritas durante el apogeo del absolutismo real: "Y si a pesar de nuestras instituciones y de la fuerza del derecho llegare (el rey) a quebrantarlas (las leyes), se le podría castigar, destronar y hasta, exigiéndolo las circunstancias, imponerle el último suplicio". (*El rey y la institución real*, cap. IX, 1599).

Por lo común, sin embargo, la majestad del Monarca era tan elevada que casi resultaba un sacrilegio, en razón del derecho divino que le legitimaba, hacer operativa directamente la exigencia de la responsabilidad. Pero conste que ello no significaba un abandono del principio. Los juristas —colocados en la contradicción de tener que exigir jurídicamente la responsabilidad y de no poder hacerlo por causa de la sacralidad del monarca— resolvieron el problema con arreglo a un mecanismo sutil: la creación del Fisco o patrimonio de la Corona —separado de la persona del Rey y, por tanto, carente de inmunidad— contra el que se dirigían las acciones de responsabilidad. De esta manera lograba el individuo la reparación de sus daños (que, en definitiva, era lo que le importaba) sin tener que tocar para nada a la augusta dignidad real. Por otro lado, y teniendo en cuenta que el rey operaba físicamente a través de sus magistrados, que eran quienes producían directamente los daños, se canalizaron hacia éstos las acciones de responsabilidad a través de un amplio repertorio de fórmulas legales como el juicio de residencia, tan aplicado en la práctica administrativa de las Indias.

En resumidas cuentas, pues, fuera de una manera o de otra, el caso es que el Poder estaba sujeto a responsabilidad por las anomalías de su ejercicio.

III. LAS INNOVACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL.

El liberalismo constitucional del siglo XIX mantiene, como es lógico, el permanente principio de la responsabilidad, pero altera el sistema con arreglo a unos planteamientos rigurosamente originales.

Por lo pronto, no contento con negar el derecho divino de la realeza, traslada la soberanía desde la Corona a la Nación y, en su caso, al pueblo. Las consecuencias de este dogma, por lo que a nuestro tema se refiere, son fáciles de imaginar: el Monarca pierde su inmunidad sacral y ya puede ser directamente responsable de sus acciones. Ahora bien, y aquí empiezan las dificultades técnicas, en este contexto no tiene sentido dirigirse contra el Monarca, puesto que éste se ha convertido en un simple instrumento de la Constitución, con una capacidad fáctica muy reducida de ocasionar perjuicios a los ciudadanos. El Poder real es sustituido por el Poder Ejecutivo y éste aparece formulado de forma un tanto evanescente en la Constitución. Dicho con otras palabras: ¿contra quién tiene que dirigirse el individuo lesionado?

Vistas así las cosas, los juristas saltan de nuevo a la brecha con su infinita habilidad imaginativa y aciertan a responder a la pregunta con una fórmula inédita, que todavía seguimos utilizando en la mayor parte del mundo: con el arbitrio del reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado y de la Administración. Los autores alemanes de la época (Albrecht, Maurenberger), preocupados por el vacío que ha dejado el Monarca al desmantelarse el sistema absolutista, llenan el hueco

con la estupenda ficción de la personalidad del Estado, que resuelve de un golpe innumerables problemas y abre las puertas a la acción de la responsabilidad. A partir de este momento el responsable no va a ser ni el Monarca (que no ha producido el daño) ni el Poder ejecutivo (que resulta inaprensible) ni por supuesto la Nación o el Pueblo (aún más evanescente). En su lugar aparece algo tangible: la Administración con su instrumentación orgánica y su cobertura presupuestaria.

Teóricamente la cuestión está, pues, muy clara, al menos desde la perspectiva del Derecho Público. Pero sucede que la formación civilista de los juristas tradicionales se resiste a entrar por las amplias puertas que se le han abierto y se aferra a viejos obstáculos, concretamente al de la culpa. El legislador del siglo XIX reconoce, como no podía ser menos, la personalidad del Estado; pero, alimentado aún por las categorías del Derecho Civil, sigue considerando a la culpabilidad como un elemento esencial de la responsabilidad, y le resulta muy difícil admitir que una persona jurídica como el Estado actúe con dolo o culpa e incluso con negligencia. Y es que, como escribía a principios del Siglo, Pedro Sainz de Andino ("Exposición a S.M. sobre la situación política del Reino", 1829, N^o 59).

Desde tiempos muy antiguos se fijó con preferencia la atención de los hombres sobre las reglas de justicia relativas a la propiedad particular, considerando este derecho como la base, o por mejor decir, la llave maestra de la Sociedad, y miraron con más indiferencia el arreglo definitivo y permanente de las relaciones de interés general que median entre el Estado en común y cada uno de sus individuos en particular, que son los objetos de las leyes administrativas.

Las consecuencias de esta falta de decisión retrasarían durante más de un siglo la operatividad del sistema y así se explica la formulación timorata e imperfecta del Código Civil español de 1888:

"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado" (art. 1902). "El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando hubiere sido causado por el funcionario a quien corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior" (art. 1903).

Es decir que los responsables siguen siendo los funcionarios y el Estado —sin perjuicio de su personalidad jurídica— conserva su inmunidad.

Forzoso es reconocer, sin embargo, que el sistema, con todas sus limitaciones, pudo operar aceptablemente bien durante algunos años, al menos y en todo caso mientras las actividades e intervenciones administrativas se mantuvieron en un ámbito reducido sin llegar a producir perjuicios de cuantía elevada, que por tanto eran resarcibles por el peculio particular del funcionario que las había causado. Además, el objetivo implícito de la ley era genuinamente moralizante: lo que en el fondo se perseguía era advertir a los funcionarios del riesgo que corrían si se dejaban llevar por la culpa o la negligencia, puesto que quedaban expuestos a las reclamaciones particulares de los afectados.

Por otro lado, la mentalidad social no había asumido la posibilidad de una reparación cuando no mediesen tales circunstancias. Al cabo de tantos siglos de responsabilidad subjetiva, repugnaba a la conciencia jurídica exigir responsabilidad por daños objetivos tanto en el campo de lo público como de lo privado, máxime cuando entre ambos no se advertían diferencias sensibles.

Y por último, lo que dominaba —estamos hablando de España— era la resignación ante el azar. Porque el ciudadano se sentía impotente frente a la Administración y frente a sus funcionarios. Los perjuicios se sentían como una desgracia inevitable e irremediable al estilo de las catástrofes de la naturaleza, a las que se asimilaban inconscientemente los daños administrativos. Y es que, en la realidad y pese a las aparentes garantías legales, los Tribunales no brindaban protección suficiente. De nada sirvió, en efecto, la ley especial de 1904 reguladora de la responsabilidad de los funcionarios. Se quedó en letra muerta del Boletín Oficial del Estado y las cosas siguieron como antes.

IV. EVOLUCION EXPANSIVA DE LA RESPONSABILIDAD

La prolongación de tal estado de cosas había de resultar, no obstante, insostenible. La desaparición paulatina del Estado liberal y la ampliación progresiva de los servicios públicos intensificaron la intervención administrativa, multiplicando en cantidad y calidad los peligros que todo ello representaba para los ciudadanos. En tales condiciones la responsabilidad directa y exclusiva de los funcionarios se convertía, incluso formalmente, en una ilusión cuando no en una farsa. Incluso en el hipotético caso de que el funcionario fuera condenado (lo que nunca sería fácil), las posibilidades de hacer efectivo el importe de la indemnización a costa de un sueldo oficial, son mínimas, si se tiene en cuenta lo que puede importar una inundación provocada por un dique mal construido o una catástrofe nuclear. Sin olvidar, por otro lado, que las decisiones administrativas importantes casi nunca pueden ser imputadas a un solo funcionario, puesto que se disuelven en la complejidad de expedientes en los que participan de alguna manera docenas, y aun centenas, de funcionarios de la más variada naturaleza y función: técnicos, jurídicos, asesores, miembros de órganos colectivos, etc.

Si a eso añadimos el creciente proceso de concienciación social —que cada día exige con mayor fuerza la aplicación efectiva de la solidaridad social, de la utilidad de los tributos y la eliminación del azar en la vida cotidiana así como la igualdad material de los ciudadanos— puede comprenderse la brusca ruptura del sistema anterior.

En España se empezó, en fecha relativamente temprana, por las Corporaciones locales y el nuevo régimen se generalizó en 1954 al amparo, un tanto sorprendente y coyuntural, de la Ley de Expropiación forzosa, luego recogido en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1958 y sancionado después por la Constitución vigente de 1978, aunque en términos más ponderados.

En definitiva lo que con estas leyes se ha conseguido es abrir la responsabilidad directa de la Administración como medio más seguro —y quizás único— de asegurar la indemnización de los perjudicados.

El paso que aquí se ha dado ha sido enormemente progresivo, puesto que, como acabamos de ver, la responsabilidad de los funcionarios es ilusoria en una sociedad de tecnología avanzada y burocratismo refinado. Pero la fórmula utilizada en la ley de 1954 es sorprendente y produce asombro en cuantos foros internacionales es conocida:

Toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos... sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

Con este artículo se introduce, pues, sin matización alguna la responsabilidad objetiva más absoluta en unos términos a cuya generosidad no ha llegado ningún país del mundo. Circunstancia que produjo un desconcierto inicial en la jurisprudencia —que no pudo lógicamente adaptarse con brevedad a un cambio tan brusco— y que explica determinados excesos actuales de generosidad harto perjudicial, como subrayaremos luego.

El legislador español ha rechazado los criterios habituales de justificación de la responsabilidad —tanto la culpabilidad como la ilegalidad e incluso el riesgo— para proclamar con todo rigor el principio de la responsabilidad objetiva, que se genera por la simple aparición del perjuicio. El radicalismo de la fórmula española es notorio, adelantándose a las tendencias más atrevidas del Derecho europeo. Porque ciertamente la jurisprudencia más progresista de Europa está acentuando, cada día con mayor insistencia, la objetivización de la responsabilidad; pero hasta ahora nadie se ha atrevido a declararla en toda su extensión. Así, esto es lo que ha sucedido con el Derecho francés al admitirse el concepto de "faute de service" y en el Derecho inglés al ampliarse por los Tribunales el concepto de ilicitud; mientras que en Suiza se relaja la exigencia de la culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba; en cuanto a Alemania se van admitiendo algunas variantes de responsabilidad sin culpa a través de la teoría del sacrificio especial no exigible a todos los ciudadanos o indemnizando perjuicios producidos por conductas simplemente antijurídicas sin entrar en el examen de la culpa. Pero en cualquier caso —repetimos— nunca se ha pasado de una mera tendencia, más o menos profunda y tampoco hay indicios de que vaya a ser importada por otros países la fórmula extremada del Derecho español.

Por último, conviene anotar que entre nosotros la responsabilidad del Estado no excluye la personal de los funcionarios cuando ésta es posible. Es decir que, en los casos que ambas procedan, al perjudicado corresponde decidir si se dirige contra la Administración o contra los funcionarios.

V. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA

El ya subrayado radicalismo de la formulación objetiva no excluye la existencia de determinadas zonas de inmunidad imputables al ambiguo silencio del legislador como es el caso de la responsabilidad del llamado Estado-legislador y del Estado-juez; pero aún hay otras lagunas, en la práctica mucho más graves, que se derivan de una inexistente o inadecuada articulación técnica, por parte de la doctrina y de los Tribunales, del principio general.

Por referirnos a las más importantes, aquí se encuentran en primer término los supuestos de inactividad material de la Administración, cada día más acuciante. Porque la experiencia nos enseña que en la actualidad mucho más importantes que los daños que produce la Administración por lo que hace son aquellos que se generan por lo que no hace: desde la falta o insuficiencia del control reglamentario de unos alimentos, cuyo consumo targa a la población, hasta la falta o insuficiencia de protección policial de individuos que han recibido amenazas concretas de bandoleros y terroristas. Esta laguna fue denunciada por mí hace muchos años ("La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 37, Madrid, 1962) y ya empieza a ser asumida, o al menos aludida, por la jurisprudencia de muchos países.

En segundo término, aún falta por precisar la responsabilidad derivada, no ya de hechos (que es la tradicional y más conocida) sino de actos administrativos, sean legales o ilegales, y sobre cuya problemática existe un importante cuerpo doctrinal y jurisprudencial en numerosos países, cuyo ejemplo no ha seguido España, donde su regulación es un prodigio de deliberada ambigüedad:

La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización: art. 40,2 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.

que se ha reflejado en una ausencia prácticamente total de comentarios doctrinales, si bien es verdad que el reciente e importante libro de Avelino Blasco (*La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid, 1981) ha cubierto este hueco, apuntando unas hipótesis interpretativas, que el tiempo se encargará de confirmar o de rechazar.

Pero sobre todo está el problema del tiempo. Nuestras leyes traslucen la atmósfera pastoril del siglo XIX, cuando las monedas cambiaban de mano físicamente y con ellas se pagaban los bienes y los servicios; mientras que hoy la vida económica está regida por el inexorable principio de **time is money** y los negocios se realizan con capitales ajenos, que generan intereses diarios en una coyuntura de inflación vertiginosa. En la actualidad, el empresario que pleitea con la Administración, más que por el dinero está preocupado por el tiempo, puesto que del tiempo depende su éxito o su fracaso. Y, mientras espera el acto administrativo y la sentencia, se arruina sin que de nada le valga una decisión favorable. El establecimiento cerrado por una denegación injusta de licencia ha de seguir pagando a su personal y los intereses de su crédito, que además le será cancelado inexorablemente. Y si obtiene

a tiempo la primera sentencia favorable, la indefectible apelación del abogado del Estado —a doble efecto— es ya una sentencia económicamente condenatoria, aunque luego el Tribunal le dé la razón: poca razón para una empresa quebrada.

La Administración conoce sobradamente estos efectos, sabe que el empresario no puede resistir el transcurso del tiempo y se presta al juego con aterradora frialdad. Los Ayuntamientos y los Ministerios deniegan sus licencias —cuando no las suspenden— aun a sabiendas de la injusticia y remiten al empresario, no ya a la Audiencia, al Tribunal Supremo, a conciencia del escarnio de su remisión. ¡Y mientras tanto los juristas ensalzan las fórmulas de exigencia legal de la responsabilidad administrativa!

Los juristas españoles están ciertamente preocupados por el tema de la responsabilidad de la Administración Pública, cuya trascendencia resulta evidente. Ahora bien, la producción bibliográfica, valiosa como pocas, se encuentra un tanto desbordada por la riqueza de los problemas que va detectando la jurisprudencia y, sobre todo, por la novedad de los planteamientos legales que colocan a España en un islote teórico —con todo el futuro que se quiera, pero de momento aislado— que obliga a novedosos planteamientos doctrinales, a arrancar de la nada, con todo el desgaste que ello significa. Hasta tal punto es esto así que duranet muchos años los mejores cerebros del Derecho Administrativo español (como Fernando Garrido Falla y Eduardo García de Enterría) hubieron de malgastar su esfuerzo en un tema tan secundario como el de la delimitación conceptual de responsabilidad, indemnización y expropiación.

Y en cambio, aún está por aclarar lo que un día puede constituir la clave interpretativa de todo el sistema, a saber, la relación de causalidad. Porque si esto es importante en un régimen de culpa, más aún ha de serlo en uno de responsabilidad objetiva, puesto que una causalidad matizada y precisa puede actuar de válvula de escape que modere los excesos que de otro modo se producirían inevitablemente. Porque a través de un razonamiento lógico, prácticamente todos los daños que se producen pueden ser imputados a un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, dado que éstos son los encargados de regular los mecanismos económicos y de vigilar el funcionamiento normal de los servicios privados (por ej. ahora se pretende exigir responsabilidad al Estado por los daños producidos por el consumo de alimentos, cuya adulteración no acertó a evitar la Administración). En pura lógica, en efecto, esto es así y en último extremo siempre aparecerá una actividad administrativa de acción u omisión. Pero es claro que el día en que se logre precisar técnicamente el alcance de esta cadena causal, podrán evitarse buena parte de los despropósitos que de otra manera resultan.

VI. LOS LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD

La evolución expansiva de la responsabilidad, propiciada al tiempo por la doctrina y la jurisprudencia de todo el mundo, suele considerarse como un avance progresivo hacia la Justicia; y en líneas generales así es, puesto que los ciudadanos han padecido siempre bajo los abusos del Poder. No obstante, importa tomar conciencia

de lo que éste "avance" puede significar, y de la necesidad de poner algunos límites a la generosidad de los Tribunales.

En España el problema es singularmente grave debido a la abierta ambigüedad de nuestros textos legales y a la mentalidad actual de los Jueces, que tienden a identificar la acción administrativa con la opresión de una Dictadura, hasta tal punto que con sus sentencias empiezan a poner en peligro la estabilidad financiera del Estado. Con nuestro Derecho positivo en la mano, los ciudadanos tienen una cobertura de riesgo que puede resultar desmesurada. En este sentido hay sentencias que producen auténtica alarma, sobre todo si se piensa que quien paga no es la Administración ni tampoco los funcionarios sino, en último extremo, los contribuyentes, a quienes se carga con las indemnizaciones generadas por servicios en los que no intervienen. Por poner un ejemplo muy sencillo: si se generalizase la doctrina de la indemnización por prestaciones sanitarias defectuosas, tal como ya se ha apuntado en sentencias concretas, es claro que nuestro sistema de seguridad social y asistencia sanitaria oficial reventaría literalmente.

Por descontado que tal cobertura es justa y podemos orgullecernos de la jurisprudencia que así lo ha proclamado; pero es irreal en un doble sentido: primero porque el resarcimiento sólo corresponde a unos pocos, a quienes poseen tenacidad y resistencia económica suficiente para soportar unos procesos interminables y costosos. Por estos motivos, desde luego no jurídicos pero tremendamente realistas, la sensación de seguridad global desaparece. Y en segundo lugar, porque a veces los Tribunales colocan los estándares de normalidad de los servicios a unos niveles desproporcionados con la calidad de todos los servicios del país, tanto públicos como privados. A mi modo de ver, esta jurisprudencia es angélica y exige a los servicios públicos administrativos una perfección que en España no se puede —por muy distintas razones y la primera por ser España— exigir a nadie, empezando por los propios Tribunales.

La filosofía del instituto de la responsabilidad consiste cabalmente en la eliminación de las desigualdades y los riesgos, de tal manera que la masa social de contribuyentes cubra los perjuicios que un servicio público determinado cause a un ciudadano concreto, injustamente lesionado. Pero, salvo que despreciemos altanaramente la realidad, hay que reconocer que la situación es muy distinta, y sólo un tanto por ciento casi inapreciable de los ciudadanos ve indemnizado su perjuicio. Algo debe funcionar mal, en consecuencia, en el instituto de la responsabilidad y la indicada autosatisfacción es engañosa de necesidad, puesto que la justicia social no se satisface con media docena de sentencias ejemplares.

A éste propósito resulta aleccionador el caso de la reciente y excelente sentencia de 17-6-1980 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. En ella se trata de una empresa que no pudo ejecutar un paquete de cambiales (representativas del precio aplazado de una multitud de objetos) por la circunstancia de que, a lo largo del proceso de descolonización, se había abandonado el territorio sahariano por los Juzgados y Tribunales españoles. El Tribunal Supremo, muy acertadamente, condena a la Administración a pagar esas letras, considerando que no se puede hacer pesar sobre un ciudadano el azar, más o menos imprevisto, de una retirada del Juzgado. Pero no

nos engañemos: cualquiera sabe que, si hubieran estado presentes los Tribunales, hubieran sido mínimas las posibilidades de hacer efectivos esos cambiales a unos deudores muy modestos, empobrecidos y dispersos por la situación cuasibélica. Pienso entonces que la retirada de los Juzgados de Madrid sería el mejor y único medio de cobrar los treinta y cinco mil millones de pesetas por letras impagadas durante el año 1980 en la capital de España. ¿No estaremos haciendo jurisprudencia-ficción?

Vistas así las cosas, conviene romper ya la identificación entre generosidad y progreso, porque la concesión de una indemnización no significa siempre progreso *social* sino, con harta frecuencia, ventaja *individual* obtenida a costa de la sociedad entera. Mala cosa, es por tanto, enfocar el tema de la responsabilidad del Estado con un planteamiento ideológico, teñido de ordinario de parcialidad y demagogia. Es muy fácil contraponer el Poder al ciudadano y colocar a éste en posición de víctima, que debe ser protegida a ultranza. Porque en ocasiones no es así y el Poder opera de hecho como un simple instrumento de algunos ciudadanos privilegiados que viven en él y de él y que son cabalmente quienes se benefician de la denunciada generosidad. Puestos a generalizar, también podría decirse que el ciudadano común —*l'uomo qualunque*— no es quien exige, y obtiene, la responsabilidad del Estado, puesto que no tiene capacidad económica para resistir un contencioso de larga duración. Y da la casualidad, además, que las indemnizaciones que al efecto se conceden a determinados individuos, son costeadas por la generalidad de los ciudadanos.

Resulta imprescindible, por tanto, abandonar la antigua concepción de que Administración y ciudadano son unidades separadas y contrapuestas, de tal manera que lo que se arranca a aquella beneficia a ésta. Antes el contrario, los presupuestos, del Estado son sufragados por todos los ciudadanos y a todos deben beneficiar; por cuya razón, lo que se arranca de ellos, suele perjudicar a la mayoría dado que así se distrae de los fines comunes una partida que se destina a uno solo. Por lo tanto, si se quiere hacer un planteamiento ideológico, debe asentarse sobre estas bases y no sobre las de la gratuita contraposición entre Administración-ciudadano.

Parece recomendable, sin embargo, que los juristas se muevan solo en el terreno del Derecho: en el de las leyes positivas y en el de la Justicia. Y, en todo caso, sin perder de vista la realidad.

Pues bien, la realidad nos dice, como ya se ha apuntado, que la exigencia radical de la responsabilidad administrativa conduce inevitablemente al absurdo. En España al menos (y presumiblemente también en Costa Rica) los servicios públicos funcionan mal, si es que funcionan; por lo que pretender deducir de ello una responsabilidad pública generalizada, a título individual, es una fantasía de la que sólo pueden favorecerse algunos ciudadanos aislados, a costa de los demás.

Por descontado que esta afirmación no debe entenderse como una renuncia resignada a la utilización de este instituto sino como una llamada de atención hacia los riesgos de planteamientos abstractos, que nada tienen que ver con la realidad del país, y que sólo reflejan desmesuradas ambiciones dogmáticas o reflejos de un Derecho extranjero de países cuya situación administrativa y financiera tiene muy poco que ver con el nuestro.

Por lo que se refiere a España, la situación es muy simple: de aplicarse con rigor la lógica de nuestras leyes, si todos los lesionados reclamasen una indemnización, con su pago se agotarían totalmente los presupuestos actuales (lo que iría en contra de los principios más elementales de la política administrativa y social); y si sólo presentase sus reclamaciones un reducido número de individuos (como ahora sucede) se conculcarían los principios, también elementales, de la igualdad y la justicia. En esta situación no caben más que dos soluciones: o funcionan mejor los servicios públicos (que es lo que todos deseamos, pero no consideramos factible, por muchas razones, durante los años próximos) o reducimos el sistema a sus justos términos, de tal forma que las indemnizaciones puedan ser soportadas por los presupuestos.

En definitiva, nos encontramos ante un problema de ponderación, que lógicamente debe ser ejercida por los Tribunales mejor que por las leyes, abstractas por naturaleza. Cosa que, por lo demás, es lo que está sucediendo en Europa.

Porque nótese que las leyes de los países europeos más avanzados son en este punto harto cicateras como consecuencia del momento económico en que fuesen dictadas. Y luego, muy poco a poco, a medida que su infraestructura social se lo va permitiendo, los Tribunales ensanchan progresivamente el portillo de la indemnización adaptándolo a la realidad social. Mientras que en España se ha seguido el camino inverso: legislativamente se ha posibilitado un cauce desmesurado de responsabilidad y han sido los Tribunales quienes se están encargando de reducirlo.

En otro orden de consideraciones no es lícito olvidarse del efecto moralizante y operativo con que nació el instituto, y que en la actualidad está marginado casi por completo. La responsabilidad administrativa no pretendía inicialmente actuar como un seguro general de riesgos públicos, hacia lo que ahora tiende, sino como un estímulo para evitar que los errores y los daños se produjeran. En este sentido, la primacía de la responsabilidad administrativa sobre la de los funcionarios ha desembocado en una situación perturbadora: a los funcionarios —inmunes de hecho, como prueban las estadísticas— les importan muy poco los daños que produzca la Administración, puesto que éstos no van a afectar a su patrimonio. Con lo cual se ha perdido el saludable efecto preventivo que antes tenía el instituto. De aquí que parezca saludable revitalizar este aspecto con un adecuado régimen disciplinario y de responsabilidad de los funcionarios, para que éstos tomen conciencia de los riesgos *personales* de su conducta culpable o negligente.

De cuanto antecede se deducen, en conclusión, las siguientes afirmaciones:

1ª. El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es un instrumento imprescindible de la justicia social.

2ª. Su plasmación legislativa debe atenerse a la realidad del país, prescindiendo de planteamientos ideológicos y de dogmática abstracta.

3ª. Su formulación concreta debe inspirarse en criterios jurídicos muy precisos pero flexibles, de tal manera que los Tribunales puedan luego ir adaptando la justicia del caso a las posibilidades financieras del Estado y a las fluctuantes exigencias de la conciencia social de cada momento.

4º. La responsabilidad de la Administración debe articularse con un ordenado régimen de responsabilidad personal de los funcionarios, que incentive a éstos para evitar la producción de los daños.

VII. LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA DE COSTA RICA

No quisiera terminar esta conferencia sin hacer una breve alusión al régimen legal de Costa Rica, amparándome en la hospitalidad con que se me ha acogido y en el íntimo parentesco que guardan algunas de las leyes administrativas de este país y las de España. Pero conste que cuanto aquí diga debe ser aceptado con muchas reservas en razón a la modestia de mis pretensiones y al obvio desconocimiento —por el que pido disculpas— del Derecho Público costarricense.

Los arts. 190 a 198 de la Ley General de la Administración Pública son bastante más matizados que los textos correlativos españoles, que de aquellos tienen mucho que aprender. No obstante —y con las salvedades indicadas— hay algunos puntos que veo poco claros y que me permito plantear.

1º. Por lo que se refiere a la responsabilidad por conducta ilícita, se observa que la reparación sólo alcanza los derechos subjetivos (art. 191), estando excluido expresamente (con una sola excepción) los intereses legítimos (art. 193). Pues bien, yo nunca he conseguido entender la diferencia práctica entre unos y otros: un tema que constituye una cruz para la jurisprudencia y para la doctrina de mi país, que cada día va borrando la distinción entre unos y otros. Hasta ahora se va resolviendo el tema con arreglo a criterios casuísticos, que no satisfacen a nadie de puro convencionales y que producen una enorme inseguridad entre los administrados.

2º. En la sección segunda se echa en falta una categoría importantísima, a saber: los daños producidos por un funcionamiento anormal del servicio público, no producido por culpa del funcionario, pr ej., el accidente causado por vehículos o instalaciones públicas, no obstante el celo de los funcionarios que han intervenido. ¿Será aplicable en estos casos la cláusula residual del art. 190.2?

3º. ¿Qué sucede cuando el daño es producido por un acto cuyo contenido es lícito pero que se ha dictado con “falta” del servidor público? Por ej.: se concede la licencia a quien le corresponde en derecho, pero el funcionario ha percibido un dinero del interesado.

4º. Las matizaciones introducidas en los arts. 194 y siguientes me parecen tan elogiables, que es muy de lamentar que no sean más conocidas en el Derecho europeo. No obstante, también podría señalarse aquí un pequeño defecto técnico, fruto de la equívoca utilización del binomio derecho-interés. Porque la lectura del art. 194.1 podría llevarnos a la absurda interpretación literal de que *todos* los daños a los *derechos* son indemnizables, incluso, por ej., una detención legítima, una multa correctamente impuesta y hasta un impuesto. Para salvar este evidente absurdo, no puede acudir siempre a las exclusiones del 190.1 (“culpa de la víctima”), puesto que el contribuyente, en nuestro caso, no es “culpable”, y por tanto habrá que acudir

al art. 195 ("cuando el *interés* lesionado no sea legítimo"), puesto que no es legítimo pretender eximirse del pago de un impuesto; pero, como se ve, aquí no aparece la palabra "derecho" del art. 194, que se ha sustituido por la de "interés" produciendo una cierta confusión.

5º. Sea como fuere, el mayor problema práctico se deducirá de la imprecisión de los conceptos funcionamiento normal o anormal, pequeña proporción de afectados e intensidad excepcional de la lesión. Imaginemos que los servicios de sanidad pecuaria o de plagas agrícolas no puede evitar la aparición de una epizootia o de una plaga, cerrándose las exportaciones y derrumbándose los precios agrarios. ¿El servicio ha funcionado normal o anormalmente? La respuesta dependerá de los estándares que señalen al efecto los Tribunales. Si el Juez entiende que la propagación de la peste o plaga debió ser evitada por el servicio, el servicio ha funcionado mal y los interesados deben ser indemnizados; pero si entiende que no estaba obligado a evitarlo, teniendo en cuenta los estándares de la Administración costarricense, el servicio funcionó normalmente. ¿Habrá aquí indemnización? ¿Es excepcionalmente intensa la lesión? ¿Quid si se han arruinado los exportadores?

6º. Y por último, si procede la indemnización ¿está en condiciones el presupuesto del Estado de hacer frente a este caso? ¿Deben pagar todos los contribuyentes la ruina de un grupo de ganaderos?

Perdónenme que me haya permitido formular unas preguntas tan triviales. Estoy seguro que o están mal planteadas o los Tribunales de este país ya las han respondido satisfactoriamente. Sólo deben ser admitidas, por tanto, como una atrevida ingenuidad de un conocedor muy modesto del Derecho de Costa Rica.