

Una mirada crítica a la unidad de fuero de la responsabilidad patrimonial de la administración y sus excepciones: los anteojos de un procesalista

Sumario

Desde 1998 la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual a la Administración al margen del orden jurisdiccional contencioso-administrativo es muy limitada (proceso penal, acción directa contra la aseguradora), además de haberse excluido la acción del perjudicado contra el personal al servicio de la Administración. En este trabajo se sostiene que la obligación de acudir en todo caso ante el orden contencioso-administrativo ha convertido, en ocasiones, el derecho de los ciudadanos contenido en el art. 106.2 CE, en un privilegio sustantivo y procesal de la Administración. No existe justificación para su extensión más allá de la derivada de la prestación de los servicios públicos (entendidos en sentido amplísimo), puesto que, por su naturaleza, en la resultante de las relaciones de derecho privado no hay ningún criterio de imputación singular diferente a la responsabilidad extracontractual civil. También se cuestiona la forma empleada para suprimir la exigencia de responsabilidad al personal de la Administración y el intento de excluir la RPA cuando se trata de sociedades mercantiles estatales o de que la acción directa contra la aseguradora sea conocida por el orden contencioso-administrativo.

Abstract

Since 1998, the possibility of claiming extra-contractual liability of the State outside the Administrative Courts is very limited (criminal proceedings, suing the insurer directly), in addition suing government employees is excluded. This paper argues that the obligation to sue in any case before the Administrative Courts has, sometimes, turned the right of citizens contained in art. 106.2 CE into a substantive and procedural privilege of the State. However, there is no justification for its extension beyond that derived from the provision of public services, since, by its nature, in that resultant from private law relations there is no singular criterion of attribution different from civil tort liability. Also questioned is the way used to eliminate the requirement of liability from government employees and the attempt to exclude the State's liability in the case of state-owned commercial companies or that the insurer should be sued in the Administrative Courts.

Title: *A critical look at the unity of the jurisdiction of the extra-contractual liability of the State and its exceptions: the point of view of a proceduralist*

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración, responsabilidad civil extracontractual, sector público institucional, responsabilidad *ex delicto*, responsabilidad del personal al servicio de la Administración, perjudicado, acción directa contra la aseguradora, sociedad mercantil estatal, tribunales contencioso-administrativos, autotutela

Keywords: *State's extra-contractual liability, civil liability under tort, institutional public sector, extra-contractual liability *ex delicto*, government employees' liability, victim, suing the insurer directly, state-owned trading company, Administrative Courts, self-protection*

DOI: 10.31009/InDret.2025.i4.16

4.2025

Recepción
03/03/2025

Aceptación
17/07/2025

Índice

- 1. La unidad de régimen sustantivo y de fero de la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA)**
- 2. Una síntesis de la mirada crítica al régimen de la RPA y el devenir de estas páginas**
- 3. Las grietas sustantivas y procesales al blindaje de la Administración en materia de responsabilidad patrimonial (RPA)**
 - 3.1 Las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) de reclamación de daños a la Administración en el ámbito de una relación laboral no constituyen supuestos de RPA
- 4. El sucesivo desarrollo del blindaje o cúpula de hierro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y del régimen sustantivo de la RPA (como un privilegio de la Administración)**
- 5. La extrañeza «administrativa» ante las anomalías a la unidad de régimen sustantivo y de fero de la RPA**
- 6. La inversión, en ocasiones, del paradigma constitucional: la conversión de la garantía constitucional de los ciudadanos, art. 106.2 CE, en un privilegio, sustantivo y procesal, de la Administración.**
 - 6.1. La eficacia directa de los derechos fundamentales
- 7. El art. 106.2 CE implica la existencia de la RPA cuando un integrante del sector público institucional presta un servicio público**
 - 7.1. La dudosa constitucionalidad y legalidad de los intentos de excluir en supuestos puntuales la RPA cuando se trata del sector público institucional (que no integra la Administración) y presta un servicio público
- 8. El déficit estructural, sustantivo y procesal, del andamiaje que sostiene el blindaje de la Administración ante el orden contencioso-administrativo cuando se trata de la RPA**
- 9. Precisando el concepto de responsabilidad patrimonial y el fero procesal**
 - 9.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración, en sentido amplio, incluye no solo la responsabilidad extracontractual sino también la contractual (y la resultante de la expropiación forzosa)
 - 9.2. El fero procesal para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración (sentido amplio) depende (con la excepción de la responsabilidad extracontractual de derecho privado) de la naturaleza de la relación jurídica en la que se produce el daño
- 10. La injustificada excepción (sustantiva y procesal) de la responsabilidad extracontractual de derecho privado de la Administración (el espejismo o autosugestión de completitud de la RPA)**
- 11. La dudosa existencia de un único régimen sustantivo de la RPA a pesar de la proclamación expresa del legislador**
- 12. La afinidad entre la RPA (derivada de un servicio público) y la responsabilidad extracontractual de derecho privado**
- 13. La conducta que origina el daño es tanto un acto propio de la Administración como del personal a su servicio (la eficacia directa de los derechos fundamentales y el juego «natural» del art. 1902 CC respecto del personal al servicio de la Administración)**
- 14. Conclusiones**
- 15. Bibliografía**

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La unidad de régimen sustantivo y de fuero de la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) *

«Con la iglesia hemos dado, Sancho»
Don Quijote de la mancha. Segunda parte. Capítulo IX

Desde el binomio 1998/1999, a tenor de las previsiones contenidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), L 29/98, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), LO 6/85, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), L 30/92, la exigencia de toda la responsabilidad patrimonial (responsabilidad extracontractual) de la Administración ha de impetrarse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y, formalmente, siempre bajo un mismo régimen sustantivo. Una unidad de fuero y de régimen sustantivo que se ha mantenido en la L 40/2015, Ley Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), arts. 32 a 37.

En definitiva, cuando se producen daños incidentales derivados de la conducta de la Administración, ya se trate de su obrar como uno de los integrantes de un poder público o de su actuación de derecho privado, habrá de exigirse la oportuna reparación de aquellos ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa la oportuna incoación de un procedimiento administrativo a tal efecto, Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) L 39/2015 (regulado en el tít. IV como una especialidad del procedimiento administrativo común, V L 39/2015) y siempre, lógicamente, que no se esté conforme con el resultado de dicha autotutela administrativa.

Es más, desde 1999 el perjudicado no puede reclamar los daños directamente al personal al servicio de la Administración, sino que esta, si se ha visto obligada a indemnizar y existe dolo, o culpa o negligencia grave del autor material de la conducta, de oficio, repetirá, en vía administrativa frente a aquel, art. 36.1 y 2 LRJSP.

Bajo la óptica administrativista, la existencia de este blindaje o cúpula de hierro, sustantiva y procesal, en materia de RPA, se contempla como una consecuencia natural a la esencia de la propia institución. De hecho, entre la doctrina y jurisprudencia administrativa está firmemente extendida la creencia de que desde 1954, Ley de Expropiación Forzosa (LEF), Ley de 16 de diciembre de 1954, se implantó un régimen sustantivo singular de responsabilidad extracontractual de la Administración que abarcaría todas sus manifestaciones, lo que conduciría, inexorablemente, a la unidad de fuero que ya se proclamó, aunque muy brevemente en 1956, art. tercero b), Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), Ley de 20 de julio de 1957, art. treinta y tres, truncó inmediatamente, *infra* 10 y 11.

Ahora bien, este blindaje no es absoluto, sino que presenta fisuras de mayor o menor intensidad que se van a exponer inmediatamente, aunque antes expongamos la síntesis de nuestra mirada crítica al sistema enunciado.

* Autor/a de contacto: Jose Antonio Díaz Cabiale dcabiale@ugr.es Profesor Titular de Universidad. A Josemaría Díaz Gómez *in memoriam*.

2. Una síntesis de la mirada crítica al régimen de la RPA y el devenir de estas páginas

Pues bien, frente a las ventajas que se esgrimen ante el blindaje procesal y sustantivo de la Administración en materia de RPA, creemos que, en ocasiones, es un artificio que beneficia fundamentalmente a la Administración en detrimento del ciudadano. Justo al revés de lo que debería suponer la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se trata de la prestación de los servicios públicos (de la acción de la Administración), art. 106.2 CE, y lo que impone el juego de los derechos fundamentales procesales, art. 24 CE.

En estas páginas la idea central que se va a desarrollar es que no supone ninguna ventaja para el ciudadano verse abocado a acudir, en primer lugar, a la autotutela administrativa cuando se le han irrogado daños por una conducta de la Administración en relaciones de derecho privado, cuando no actúa como integrante de uno de los poderes públicos, para, a continuación, si discrepa, acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por el contrario, el juego del derecho fundamental procesal del perjudicado a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, no se compadece bien con esa exigencia, que resulta ser un privilegio artificial de la Administración. De hecho, incluso tras la LO 1/2025, cuando se demanda al sector público ante el orden jurisdiccional civil, no hace falta acudir previamente a los Medios Adecuados de Solución de los Conflictos (MASC), que se han convertido, con carácter general, en un presupuesto de procedibilidad, arts. 264.4º, 399.3, 403.2 LEC.

Mas el repudio que formulamos a este aforamiento de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando debe responder, extracontractualmente, de los daños irrogados en sus relaciones de derecho privado, no se sustenta ni exclusiva ni principalmente en ese argumento procesal. Por el contrario, en estas páginas sostendemos que la proclamada unidad de régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración, el «sistema unitario», no pasa de ser una afirmación meramente formal. Defendemos que, con independencia de cuál fuera la intención del legislador, bajo la premisa de que el régimen de la responsabilidad civil extracontractual presentaba numerosas carencias, se implantó en 1954, en las normas de derecho público, el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de su actuación como integrante de un poder público: el funcionamiento normal o anormal del servicio público (entendido este en el sentido más amplio posible y englobando todas las formas de acción de la Administración, más allá de la prestacional). Y esa premisa se ha mantenido en toda la normativa ulterior hasta alcanzar el texto constitucional. Por ello, las presuntas singularidades de este régimen público de RPA no resultan aplicables a la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de sus relaciones de derecho privado, porque en estos casos decae el presupuesto inicial de aquella: no se enjuicia conducta alguna de la Administración en la que actúe como integrante de un poder público, de suerte que el criterio de imputación específico que singulariza la RPA, el estándar de funcionamiento del servicio público (de la forma de acción de la Administración), resulta inutilizable. Como se expondrá, es diferente la situación jurídica de quien obra investido de las oportunas potestades públicas en aras del interés general, de la de quien lo hace en interés propio. De hecho, y contraviniendo la máxima *nemo turpitudinem suam allegare potest*, podemos afirmar que no hemos sabido encontrar, en toda la doctrina y jurisprudencia administrativa, supuesto alguno de responsabilidad extracontractual de la Administración resultante de sus

relaciones de derecho privado, al que resulten aplicables los parámetros singulares de la RPA: su, presunto carácter objetivo...

De esta suerte, también sostenemos que la unidad de fuero en materia de RPA, en los supuestos indicados, afecta decisivamente al derecho fundamental procesal al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del perjudicado, art. 24.2 CE, por cuanto bajo un artificio sustantivo, una proclamación formal huera, se altera el orden jurisdiccional que debería, de forma natural, conocer según el criterio general que vertebría el art. 9 LOPJ, al concretar la previsión del art. 122.1 CE, y que el propio legislador puede alterar (en ese u otros preceptos de la LOPJ) siempre que exista un motivo razonable (conexión de materias, según su propia naturaleza sustantiva, o justificados motivos de oportunidad...), pero nunca por arbitrariedad y aun menos cuando ello implica beneficiar a una de las partes, en perjuicio del titular del interés legítimo en situación de mayor debilidad.

Debe quedar claro que esta «suave discrepancia» con el sistema de la RPA en modo alguno cuestiona los logros de la doctrina administrativa, que provocó una verdadera revolución en lo atinente a la responsabilidad extracontractual de la Administración, y de los poderes públicos en general: se erradicó, como es notorio, desde mediados del siglo pasado, en garantía de los perjudicados y especialmente de los ciudadanos, la irresponsabilidad de la Administración, a la par que se impide que esta pueda eludir la RPA cuando aparece travestida bajo formas o modos de obrar ajenos al derecho administrativo, para llevar a cabo una actividad prestacional o se trata del ejercicio de una potestad pública¹. Por eso, en estas páginas también criticamos el intento puntual del legislador de eludir el juego de la RPA, a través de disposiciones específicas, cuando el servicio público se presta a través del sector público institucional² que no integra la Administración, en concreto a través de las sociedades mercantiles estatales (S.M.E.). Entendemos que la garantía constitucional cobijada en el art. 106.2 CE incluye necesariamente esas hipótesis, además de que la nueva redacción que proporciona, en el plano de legalidad, el art. 35 LRJSP, ratifica dicha exégesis aun cuando, como se señalará, no sea esta una opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia.

Ahora bien, sostenemos que los logros enunciados también provocaron, como daño colateral, un efecto indeseado: al monopolizar toda la responsabilidad extracontractual de la Administración en las normas de derecho público (aunque sea solo formalmente como acabamos de exponer), singularmente en la LRJSP, se crea la falsa impresión de que dichas previsiones, al desarrollar el art. 106.2 CE, son el origen y epicentro de cualquier aspecto atinente de la responsabilidad

¹ Acerca del concepto de potestad, pública (las administrativas son un poder jurídico funcional, reconocido para satisfacer un interés general) y privada, además de la distinción según que en la primera exista *imperium* (no existe tal, por ejemplo, en las subvenciones, adjudicación de contratos, autoorganización...), junto a la conclusión de que el orden contencioso-administrativo debería conocer cuando se trata de actuaciones emanadas por el sector público con personalidad privada en ejercicio de potestades administrativas; GAMERO CASADO, «Aspectos transversales del régimen básico del sector público y del procedimiento administrativo común», en GAMERO CASADO/FERNÁNDEZ RAMOS/VALERO TORRIJOS (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153-263.

² Sobre el concepto de sector público y su evolución; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «El “sector público” como referente actual del derecho administrativo.», *Revista de Administración Pública*, 209, pp. 175-208, y que, p. 183, estos «(...) sujetos o bien son Administraciones públicas o bien son entidades reconducibles a aquellas, sea por vía del control, la dependencia o la vinculación. Así pues, es un derecho de las Administraciones públicas y sus organizaciones satélites», por lo que preconiza la ampliación subjetiva del derecho administrativo para afianzar las garantías de este, tal y como sostenemos *infra* 6 y 7, en materia de responsabilidad extracontractual cuando se trata de la «acción de la Administración».

extracontractual que, de alguna manera, afecta a la Administración. Se olvida así que la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos cuando obran como tales, no deja de ser una concreción del principio constitucional de la responsabilidad de aquellos, art. 9.3 CE, y que esta, a su vez, engloba el principio general del derecho del *alterum non laedere*³. De esta manera, defendemos en estas páginas que el hecho de proclamar que la conducta que origina la responsabilidad extracontractual no deja de ser un acto propio de la Administración, otro de los mayores éxitos de la doctrina administrativa, no excluye que, a la vez, sea un acto propio del autor material de la conducta (el personal al servicio de la Administración). Y la responsabilidad extracontractual de este no necesita de una previsión específica, sino que se articula naturalmente, incluso desde el propio plano de constitucionalidad por la eficacia directa de los derechos fundamentales si estos se ven afectados, a través del art. 1902 CC. Precisamente, lo que se requiere, para excluirla, es una previsión específica como sucede con la disposición relativa a la responsabilidad civil de los jueces y magistrados contenida en la LOPJ desde la LO 1/2015.

No forma parte de este trabajo el análisis de la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración regulada en el Código Penal (CP), LO 10/1995, ni tampoco el estudio de las singularidades que comporta el ejercicio de la acción directa, exclusivamente, frente a la aseguradora de la Administración, sin embargo, sí que hacemos las oportunas referencias incidentales a las mismas cuando lo exige el recurso del razonamiento.

3. Las grietas sustantivas y procesales al blindaje de la Administración en materia de responsabilidad patrimonial (RPA)

Como se ha advertido, el blindaje o cúpula de hierro en materia de RPA, no es absoluto, sino que presenta ciertas grietas:

- La exigencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, a la Administración, subsidiaria o directa, según el caso, prevista en el CP, Tit. V, Lib. I, de la que conocen, *secundum eventum litis*, los tribunales penales. Además, en este caso, como es notorio, cabe impetrar la responsabilidad civil extracontractual del personal al servicio de la Administración, cuando ello no es posible ante el orden civil, en cuyo caso habrá que exigir también obligatoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Administración, art. 121 CP (litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva obligatoria). En ninguno de estos dos supuestos de acumulación subjetiva, cabrá reservar dichas acciones para hacerlas valer ante los tribunales civiles⁴. Estas previsiones son, en definitiva, una de las principales diferencias (plazo de prescripción, régimen sustantivo de terceros civilmente responsables...) entre la acción civil de responsabilidad extracontractual pura o aquiliana, Código Civil (CC), y la *ex delicto*, CP (a las que hay que sumar las, discutibles, ejecución de oficio de la responsabilidad civil, art. 984.III Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), y la

³ Acerca de que el *alterum non laedere* es el principio rector del derecho de daños y no el deber de reparar los mismos, ni la antijuridicidad el presupuesto de la responsabilidad extracontractual; PAPAYANNIS, «La práctica del *alterum non laedere*», *Isonomía*, nº 41, 2014, pp.19-68. Aunque el trabajo se centra fundamentalmente en la responsabilidad civil extracontractual, sus afirmaciones son plenamente aplicables a cualquier otra manifestación de aquella.

⁴ FORTES GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, 2014, p. 122.

ausencia de caducidad no es aplicable el art. 518 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), o de prescripción respecto del pronunciamiento firme sobre aquella⁵).

- La reclamación de responsabilidad civil extracontractual ante los tribunales civiles cuando se trata de una sociedad mercantil estatal (S.M.E.), sujeto de derecho privado dependiente de la Administración que no integra esta, aunque sí el sector público institucional, por remisión específica del legislador, *infra* 7.
- El ejercicio de la acción directa exclusivamente contra la aseguradora de la Administración ante los tribunales civiles⁶.

Lo cierto es que solo en el primer caso existe una proclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por cuanto en el segundo se limitaría, formalmente, a la de la sociedad mercantil estatal, mientras que en la tercera hipótesis exclusivamente se condena a la aseguradora de la Administración. Ahora bien, dada la participación mayoritaria de la Administración en la sociedad mercantil estatal, y que el presupuesto prejudicial de la responsabilidad de la aseguradora (quien, a su vez, podría ejercitar una acción de regreso, art. 76 Ley de Contrato de Seguro (LCS), L 50/80), es la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabe duda de que, cuando se trata de una actividad de esta en la que actúa como tal, ejercitando la oportuna potestad, los tribunales civiles están conociendo, aunque en un caso únicamente a efectos perjudiciales, de supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración, RPA.

3.1. Las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) de reclamación de daños a la Administración en el ámbito de una relación laboral no constituyen supuestos de RPA

La posibilidad de reclamar ante el orden jurisdiccional social la responsabilidad por daños de la Administración cuando se irrogaron a resultas del incumplimiento de las normas de prevención, seguridad e higiene en el trabajo, o bien si se trata de reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga referidas exclusivamente al personal laboral de la Administración, art. 2 e) y f) LJS, Ley 36/2011, se considera, en ocasiones, una excepción a la unidad de fuero⁷. El primer supuesto tiene una extensión casi universal desde el punto de vista subjetivo, incluyendo a los funcionarios, mientras que el segundo está ceñido al personal allí señalado, personal laboral⁸.

⁵ STS 4056/2020, Penal (Pleno), de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4056), FD Segundo 2.2 a 2.4); PANTALEÓN PRIETO, «*¿Es la responsabilidad civil ex delicto imprescriptible?*», *Almacén de Derecho*, enero 25, 2021.

⁶ STS 321/2019, Civil (Pleno), de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2019:3427), aunque con limitaciones si ha existido una reclamación administrativa previa; STS 169/2024, Civil, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:702); JIMÉNEZ LÓPEZ, «*Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regreso en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración Pública*», *Revista General de Derecho Procesal*, mayo 2022, pp. 1-41, se muestra favorable al conocimiento de la acción por el orden contencioso-administrativo.

⁷ Así, por ejemplo; YÁÑEZ DÍAZ, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Privatización de Servicios Públicos*, 2018, pp. 120-121.

⁸ Cuando estamos en presencia del art. 2.e) LJS, el orden jurisdiccional competente es el social, aunque se trate funcionarios, así lo ratifica la STS 450/2022, Social, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2209), FD tercero núms. 2 y 3, con fundamento en el auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:5150A), que ratifica además la jurisprudencia de la Sala Cuarta, según la cual el acoso laboral

Sin embargo, la RPA a pesar de que su confusa e inexacta denominación, *infra* 9, únicamente abarca, como se ha señalado, la responsabilidad extracontractual de la Administración, mientras que las hipótesis recogidas en la LJS cobijan la obligación de reparar los daños ocasionados en el ámbito de una relación laboral, un vínculo laboral obligacional, entre el empresario y trabajador, núm. 3 Expos. Motiv. Ley Prevención Riesgos Laborales, Ley 31/1995. Precisamente, por ese motivo, los daños derivados de los accidentes de trabajo dejaron de incluirse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y se atribuyeron al orden jurisdiccional social, art. 2.b) LJS, además de los perjuicios referidos. En consecuencia, por su propia naturaleza, las hipótesis previstas en la LJS no constituyen supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración, por lo que no integran la RPA (y, por supuesto, no existe prestación de servicio público, ni acción de la Administración, sino que esta actúa como una empresa con un vínculo contractual laboral con la persona trabajadora). Es más, si fuera cierto que estamos ante unas verdaderas excepciones al régimen de la RPA, resultaría que, desde el plano procesal, las previsiones del art. 2.e) y f) LJS serían insuficientes para dar cobertura a la extensión de la jurisdicción por razón del objeto de orden jurisdiccional social, pues se requeriría su inclusión expresa en el art. 9.5 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), excepcionando lo dispuesto en el art. 9.4 LOPJ que atribuye, sin excepción, la RPA al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se trata, en definitiva, de la misma carencia que, con razón, la jurisprudencia ha atribuido a la previsión del art. 35 LRJSP, que otorga a los tribunales contencioso-administrativos la acción directa frente a la aseguradora.

4. El sucesivo desarrollo del blindaje o cúpula de hierro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y del régimen sustantivo de la RPA (como un privilegio de la Administración)

El blindaje de la Administración en materia de RPA que se ha explicado, no aconteció *ab initio* ni tuvo lugar en un único momento, sino que se fue desplegando en etapas sucesivas. Aunque desde la LEF resultó evidente, por la propia naturaleza de la institución, que la responsabilidad extracontractual de la Administración allí regulada, la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (entendidos estos en sentido amplísimo, omnicomprensivo de la acción de la Administración), estaba atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, arts. 121.1 y 128 LEF, existían otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual, ya señalados, que escapaban, naturalmente, a dicho aforamiento: la derivada de las relaciones de derecho privado de la Administración, la exigible al personal al servicio de esta, la que se impetra a la aseguradora de la Administración, la que se pretende frente a otros sujetos que concurrieron en la producción del daño, o la que se dilucida cuando los hechos también constituyen un ilícito penal. Ahora bien, una vez que, frente al tenor literal de la normativa y su exégesis lógica y sistemática, tomo cuerpo la idea de que toda la responsabilidad extracontractual de la Administración constituye una responsabilidad de derecho público, administrativa, el legislador se ha venido esforzando en eliminar cualquier grieta del blindaje o cúpula de hierro del aforamiento de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ciertamente, a esos efectos, debe distinguirse entre la unidad de fuero y la unidad de régimen sustantivo, por cuanto esta última tiene un recorrido mucho más limitado: es imposible expandirla más allá de la Administración. De esta suerte, en los supuestos de

que se relaciona con incumplimientos por parte de las entidades empleadoras de la legislación de prevención de riesgos laborales, se incardina en el precepto señalado.

solidaridad, cuando se trata de la responsabilidad extracontractual del personal al servicio de la Administración, de su aseguradora, o de otros particulares que han concurrido en la producción del daño, por la propia condición del sujeto, no cabe afirmar que se someten al mismo régimen jurídico, de derecho público, de responsabilidad extracontractual de la Administración, sino que es el derecho privado el que regula el vínculo obligacional resultante de los daños irrogados. Únicamente es posible aforar esos supuestos ante el orden contencioso-administrativo, o bien exterminarlos (como sucede con la responsabilidad extracontractual del personal al servicio de la Administración, salvo cuando ha existido un ilícito penal). Pues bien, estos son los hitos seguidos en la sucesiva ampliación del blindaje de la Administración en lo atinente a la RPA:

- La posibilidad de que el procedimiento administrativo de RPA se inicie de oficio, 1992, con las consecuencias sustantivas y procesales que comporta
- La exigencia de la responsabilidad patrimonial (extracontractual) de derecho privado de la Administración ante los tribunales contencioso-administrativo (previo procedimiento administrativo), esto es, cuando no existe prestación alguna de servicio público (de acción de la Administración), arts. 35 LRJSP, 2.e) LJCA y 9.4 LOPJ y, presuntamente, bajo el mismo régimen sustantivo que cuando sí existe aquel (blindaje procesal y sustantivo desde 1998/1999)
- La imposibilidad de exigir responsabilidad civil extracontractual al personal al servicio de la Administración a partir de 1999, por la eliminación en las normas de derecho público de una previsión específica (exégesis más que discutible a tenor de la eficacia directa de los derechos fundamentales y del principio general *alterum non laedere*, como demuestra la dicción del art. 296.1 LOPJ en 2015, *infra* 6.1 y 13)
- El conocimiento por los tribunales contencioso-administrativo de los supuestos de acumulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de la responsabilidad civil extracontractual del particular que ha concurrido a la producción del daño, así como la de la aseguradora de la Administración, arts. 9.4 LOPJ, y 2.e) LJCA, reformados por la LO 19/2003
- La consideración, *ex lege*, de parte demandada de la aseguradora de la Administración, art. 21 c) LJCA, introducido por la LO 19/2003, cuando se acciona contra esta (en puridad, por exigencia del principio dispositivo, se trata de una intervención provocada, aunque no puede haber acumulación de acciones si el actor no la provoca expresamente⁹).

⁹ No es compatible con el principio dispositivo (la titularidad privada del derecho subjetivo) «obligar» a demandar, acumulación subjetiva o litisconsorcio voluntario – que se transmuta en compulsivo- a un deudor solidario (aseguradora), solidaridad propia, además de eliminar así el *ius eligendi* propio de dicho vínculo obligacional. Algo que, por cierto, también sucede con el art. 121 Cp, aunque en este caso se trata de una responsabilidad subsidiaria. Por eso, debe entenderse que se regula una intervención provocada, pero sin que pueda existir condena de la aseguradora si el demandante no ejercita pretensión alguna frente a ella, a modo y semejanza con la exégesis de la DA 7^a LOE, L 38/99; STS 538/2012, Civil (Pleno), de 26 septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6284), FD Segundo. Lo cierto es que las dos reformas operadas en el texto principal, LO 19/2003, la modificación de la LOPJ, art. 9.4, para que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conozca de la acción directa frente a la aseguradora cuando también se reclama la RPA, y la obligación de demandar conjuntamente a la primera si se reclama la RPA, art. 21.c) LJCA, traen causa de uno de los últimos supuestos en los que el orden civil afirmaba poder conocer de la RPA: cuando existía una acumulación de acciones o litisconsorcio voluntario frente a la Administración y su aseguradora; MIR PUIGPELAT, «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. *Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia*

- Los intentos de evitar o limitar los pronunciamientos de los tribunales penales sobre la responsabilidad civil extracontractual de la Administración.
- La tentativa infructuosa, del legislador en las normas administrativas, de que la responsabilidad civil de la aseguradora de la Administración, la acción directa, se ejercite ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, art. 35 LRJSP.

Aunque esta última cuestión, por razones de espacio, no constituya el objeto principal de este trabajo, ya indicamos que es imposible eludir una advertencia incidental: anclar la acción directa frente a la aseguradora en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no garantiza la inexistencia de pronunciamientos contradictorios; esto es, no se trata de optar entre un pronunciamiento prejudicial sobre la RPA que carece de eficacia procesal de cosa juzgada material por tratarse de una cuestión prejudicial heterogénea¹⁰ cuando conoce el orden civil, y otro que sí la ostenta, cuando la acción contra la aseguradora es asumida por el orden contencioso-administrativo, cuestión prejudicial homogénea. Efectivamente, la plena eficacia material y el valor procesal absoluto, la cosa juzgada material, de los pronunciamientos sobre esta última clase de cuestiones prejudiciales (homogéneas) está supeditado al pleno debate sobre ellas. Y esa plenitud exige, en primer lugar, el debido respeto al principio de audiencia, art. 24.1 CE: un pronunciamiento sobre una relación jurídica en el que uno de sus titulares no ha sido parte ni litisdenunciado, no puede proyectar la eficacia de cosa juzgada sobre el (salvo que se trate de una resolución favorable: litisconsorcio no necesario activo, pleito testigo...). No existe una eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada material, art. 222.3 LEC, en esos casos. Precisamente, por ese motivo en nuestro país no se exige el litisconsorcio necesario activo (la resolución desfavorable no se extiende al titular ausente), art. 12.2 LEC, y sucede también lo propio en el caso de las obligaciones solidarias cuando el acreedor, en ejercicio del *ius eligendi*, soló dirige la demanda frente a algunos de los deudores solidarios: el resto de ellos que no ha sido demandado no queda alcanzado por la cosa juzgada (y, por ello, en caso de éxito, no cabe la ejecución frente a ellos, art. 542.1 LEC). Concretamente la aseguradora y la Administración son, frente al perjudicado, obligados solidarios, y, aunque se trata de una responsabilidad extracontractual, para la aseguradora constituye un supuesto de solidaridad propia, al haber sido dispuesta expresamente por el legislador, art. 76 LCS¹¹.

Ahora bien, que no exista la eficacia material y procesal propia de la cosa juzgada, no significa que el pronunciamiento del tribunal no ostente otra eficacia, material y procesal, que, aunque rebajada respecto de la cosa juzgada, no deja de poseer especial intensidad: el primer fallo habrá de tenerse por acertado salvo que se demuestre su error. Esta eficacia material y procesal de la cosa juzgada solo acontece, por la tensión entre la necesidad de la seguridad jurídica evitando los

del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa, InDret 03/2003, pp. 1-31. El autor, citando la doctrina (incluso la de algunos civilistas) y jurisprudencia existente, *de lege lata*, proponía el texto que, al final, tomo cuerpo en sendas normas.

¹⁰ Como es conocido, el tribunal civil conoce de la prejudicialidad heterogénea no penal si las dos partes no solicitan su «devolución», art. 42.3 LEC. Parece evidente que quien ha decidido demandar directamente a la aseguradora ante el orden civil no va a mostrar su aquiescencia a que se suspenda el proceso civil hasta que el orden contencioso-administrativo resuelva sobre la RPA (que, además, por la propia naturaleza del contrato de seguro, limitará - o excluirá - la responsabilidad de la aseguradora a lo allí decidido).

¹¹ STS 171/2021, Civil, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1209), FD Cuarto, que recuerda la jurisprudencia, desde 2014, al respecto.

pronunciamientos contradictorios y el principio de audiencia, cuando se trata de la misma relación jurídica o de aquellas interrelacionadas jurídicamente de forma prejudicial.

En otras palabras, demandar exclusivamente a la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no provoca la extensión *ultra partes* de la eficacia de la cosa juzgada material de la sentencia a la Administración¹². Esta, si fuera el caso (y no hubiera sido litisdenunciada), podrá oponerse en un pleito ulterior al primer pronunciamiento, aunque provenga de un tribunal que ostentaba «jurisdicción por razón del objeto» sobre la cuestión prejudicial homogénea no devolutiva, demostrando el error de aquel fallo, *exceptio male iudicatis*. O bien, si la Administración hubiera intervenido (intervención voluntaria o provocada), interviniente adhesivo simple (aunque la desafortunada *ratio* que sostiene el FJ 3 de la STC (Sala Segunda) 15/2016, de 1 de febrero (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016) *infra* 13, desdeña esta legitimación), en el pleito, y existieron por parte de la aseguradora actos de disposición, tales como admisión de hechos, la decisión de no recurrir..., a los que se hubiera opuesto la Administración (además de impedir la existencia de eficacia procesal alguna si se trata de fórmulas autocompositivas como la transacción o el allanamiento), se podría combatir la eficacia procesal del fallo a través de la excepción *male gestis*¹³.

Es notorio que los esfuerzos del legislador por implantar la cúpula de hierro o dorada de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tienen como límite natural la responsabilidad civil *ex delicto* en la que incurre la Administración cuando los hechos que irrogaron el daño también constituyen un ilícito penal. Ya se ha apuntado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE, plasmado en la opción del legislador decimonónico de consentir al perjudicado la pronta reparación de los daños, acumulando la acción civil al objeto penal, sumada al hecho de que la propia naturaleza de los derechos fundamentales procesales del investigado o acusado en el proceso penal, art. 24.2 CE, pone en tela de juicio la posibilidad de incoar procesos sobre los mismos hechos ante órdenes jurisdiccionales diferentes mientras el proceso penal está en marcha, arts. 111 y 114 LECrim, impide el aforamiento de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en estos supuestos. Ahora bien, como se argumentará, otra cosa es que resulte lógico mantener en determinados supuestos, art. 121 CP, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando se trata, en puridad, de una conducta propia de ella¹⁴. Por otro lado, el

¹² Es verdad que se puede argumentar que esta eficacia procesal rebajada, pero especialmente intensa, respecto a la RPA solo acontece si el tribunal contencioso-administrativo conoce de la acción directa contra la aseguradora (cuestión prejudicial homogénea), mientras que si lo hace el orden civil, la eficacia material y procesal se rebajaría más aún, por tratarse de una cuestión extraña a ese orden (cuestión prejudicial heterogénea), hasta consistir en un mero indicio que obligaría a alegar y probar las pretensiones nuevamente por entero. Sin embargo, puede afirmarse que, sin podernos explayar por no ser lugar adecuado, si bien la regla general enunciada es válida, ha de ponderarse en aquellos casos en los que la vecindad del orden jurisdiccional con la cuestión prejudicial heterogénea es tan próxima que permite afirmar que el «conocimiento» de la misma no resulta «antinatural» (contrario al *naturalis ordo* que preside el art. 9 LOPJ), esto es, que su exclusión de la jurisdicción por razón del objeto del tribunal que la resuelve podría incluso revertirse por el legislador y que, por consiguiente, los criterios jurídicos empleados para resolverla encajan con aquellos que habitualmente emplea el juzgador. En nuestro caso, la responsabilidad extracontractual, la cuestión es tan evidente que, al margen de su devenir histórico y la propia naturaleza de la institución, la acumulación subjetiva o litisconsorcio voluntario de la RPA con los particulares o la aseguradora de la Administración se atribuye, como se comenta en el texto principal, al orden contencioso-administrativo.

¹³ DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, 2018.

¹⁴ DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre, 2009,

hecho de que se mantenga la denominación responsabilidad civil *ex delicto*, claramente inadecuada cuando se trata de la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de su conducta como integrante de un poder público y que hay que dilucidar, en teoría, según los criterios del régimen singular de derecho público previsto por el legislador, ha de entenderse bajo la óptica que preside la acumulación de objetos heterogéneos en el proceso penal: se pretende respetar al máximo la continencia de la causa. De esta suerte, se circunscribe todo lo posible la extensión del objeto civil que se acumula, incluso formalmente: se califica como responsabilidad civil un elenco de supuestos que en modo alguno ostenta dicha naturaleza, como la resultante de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social, Tít. XIV, Lib. II, CP. A ello ha de sumarse el tradicional recelo de los tribunales del orden penal a acudir a preceptos diferentes a los contenidos en el CP para dilucidar la responsabilidad civil extracontractual, y que es la explicación última del mantenimiento de la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el CP una vez que entró en vigor el CC.

Conviene precisar que si bien en este trabajo nos oponemos al aforamiento de la Administración ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se exige su responsabilidad extracontractual derivada de relaciones de derecho privado (y a su «desaforamiento» y exclusión subjetiva cuando el servicio público lo presta una S.M.E.), en modo alguno es una postura maximalista. En consecuencia, no todo el proceso de blindaje que se ha descrito ha de entenderse bajo una perspectiva crítica. Existe, a nuestro entender, un blindaje lógico y racional, frente a otro que reputamos excesivo y artificial: cuando contraviniendo la naturaleza jurídica del vínculo obligacional, y sin que existan razones de conexión, la Administración resulta aforada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, perjudicando sustantiva y procesalmente a quien padeció el daño.

De esta manera, en primer lugar, sostenemos, como se advirtió e insistirá *infra* 10, que, al implantar un régimen sustantivo de derecho público específico para la responsabilidad de la Administración derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (entendidos de forma amplísima), cobijado ulteriormente en el art. 106.2 CE, acontece un aforamiento natural, sin necesidad de previsión específica singular. Por ello, es un error seguir hablando, como veremos que aún sucede, en estos supuestos de responsabilidad «civil» de la Administración. El propio juego de los arts. 122.1 CE y 9 LOPJ, impone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conozca de ella. Sí que se necesitaría una previsión específica, en la LOPJ, para el supuesto contrario: «desaforar» a la Administración cuando debe responder extracontractualmente de los daños irrogados por su actuación como integrante de un poder público, y siempre que ello no supusiese un perjuicio para el ciudadano.

En segundo lugar, existen extensiones lógicas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: que este conozca del litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva cuando, además de la acción frente a la Administración, RPA, se acumulan las pretensiones frente a su aseguradora o bien contra el sujeto de derecho privado que también concurrió en la producción del daño, arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, resulta ser lo adecuado. En estos últimos supuestos y a tenor de la concurrencia de la solidaridad propia e impropia insita respectivamente a la acumulación subjetiva, sí que parece oportuno respetar la continencia de la causa, aforando el litisconsorcio voluntario ante el orden que ostenta jurisdicción por razón del objeto con carácter exclusivo en

pp. 145-150, analiza las ventajas e inconvenientes del art. 121 CP, aunque entiende que debería la Administración responder siempre directamente.

materia de RPA, teniendo presente, también, que en el caso de la solidaridad impropia no existe interrupción de la prescripción, art. 1974 CC. Por otra parte, cabe recordar que el propio tenor del art. 1144 CC impide simultanear ante diferentes tribunales las reclamaciones frente a diversos deudores solidarios, para evitar pronunciamientos contradictorios (lo que se conocía como uno de los efectos materiales de la litispendencia, entendida esta en sentido amplio, arts. 43 y 78.1 LEC). Hay que tener presente, además, que no se trata de una extensión de la jurisdicción por razón del objeto del orden contencioso-administrativo *secundum eventum litis*: esto es, la absolución de la Administración (la declaración de la ausencia de la RPA), no impide que los tribunales contencioso-administrativo se pronuncien respecto de las dos acciones civiles acumuladas: la responsabilidad civil extracontractual del particular o la acción directa contra la aseguradora.

5. La extrañeza «administrativa» ante las anomalías a la unidad de régimen sustantivo y de fuero de la RPA

Si, como se ha expuesto, existe el convencimiento generalizado de la doctrina y jurisprudencia administrativa de que en 1954 se alumbró un régimen sustantivo de la RPA «universal», omnicomprensivo de cualquier daño incidental irrogado por la conducta de la Administración cuando no media un vínculo obligacional previo con el perjudicado, se comprenderá que las excepciones al blindaje sustantivo y procesal de la RPA que se han enunciado, *supra* 3, se observen con extrañeza y recelo. En especial, la existencia de la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración regulada en el CP, se contempla como un anacronismo únicamente entendible por la necesidad de procurar una pronta reparación al perjudicado por los mismos hechos que generan responsabilidad penal (víctima del delito cuando se trata de una persona física, arts. 2 Ley Estatuto Víctima del delito, L 4/2015, y 2.1.a).i. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012109 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos), de suerte que no resulta viable imponerle que acuda, ulteriormente, arts. 111 y 114 LECrim, a otro orden jurisdiccional diferente para procurar su resarcimiento.

Por su parte, el hecho de que los tribunales civiles puedan pronunciarse, aunque sea prejudicialmente, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando deciden sobre la acción directa que se hace valer contra la aseguradora, implica que lo harán aplicando ese régimen sustantivo singular previsto en las normas de derecho administrativo. Complicándose, además, la situación si ha existido o está en marcha una reclamación en vía administrativa, a lo que hay que sumar la posibilidad de que se pueda ejercitar la repetición contra el asegurado, la Administración, si el daño se originó por una conducta dolosa de aquél, art. 76 LCS¹⁵.

Pero junto a ese resquemor de índole fundamentalmente dogmática, existe también una objeción de naturaleza teórico/práctica: la unidad de régimen sustantivo y su consecuencia procesal no resulta ser únicamente un devenir consustancial de la institución (según la óptica de la doctrina administrativa), sino que, según el relato oficial, presenta indudables ventajas. Se afirma así que

¹⁵ LOZANO CUTANDA, «El “último resquicio” del monopolio contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *Diario LA LEY*, N° 9745, Sección Tribuna, 27 de noviembre de 2020, analiza los pronunciamientos del TS, Sala de lo Civil, al respecto.

el que la jurisdicción por razón del objeto del orden contencioso-administrativo abarque todas las hipótesis de RPA, brinda una innegable seguridad jurídica, art. 9.3 CE, objetiva/subjetiva, por cuanto, por un lado, se eluden los pronunciamientos contradictorios y se consigue unificar la jurisprudencia a esos efectos, lo que redunda en la igualdad en la aplicación de la ley, art. 14 CE, a la par que, por otro, subjetivamente se favorece al perjudicado, en tanto que procesalmente se diluye cualquier duda acerca del juez ordinario predeterminado por la ley, art. 24.2 CE: se cercena la posibilidad del indeseable peregrinaje de jurisdicción.

En consecuencia, si estamos en la fase final del evolucionismo sustantivo/procesal natural de la RPA que reporta semejantes ventajas, no se puede entender que coexistan excepciones. Es más, debe tenerse presente que, desde la doctrina administrativa, se propugnó durante mucho tiempo la inclusión de la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de sus relaciones de derecho privado dentro de la RPA, aforándola ante el orden contencioso-administrativo hasta que, como se ha señalado y se insistirá, *infra* 10, se logró en el binomio 1998/1999. No pueden extrañar, consiguientemente, los intentos, fracasados, de restañar las fisuras de la cúpula de hierro: reduciendo o reconduciendo la responsabilidad civil *ex delicto* del CP, auténtica anomalía respecto a la unidad del régimen sustantivo, a la RPA, así como redirigiendo la acción directa frente a la aseguradora, art. 35 LRJSP, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, y como se ha anticipado, entendemos que el blindaje que se ha descrito en materia de RPA, ha supuesto, en ocasiones, un perjuicio para el ciudadano y un, consiguiente, privilegio para la Administración, invirtiendo la garantía constitucional contenida en el art. 106.2 CE, sin que existan razones dogmáticas ni prácticas que lo justifiquen.

6. La inversión, en ocasiones, del paradigma constitucional: la conversión de la garantía constitucional de los ciudadanos, art. 106.2 CE, en un privilegio, sustantivo y procesal, de la Administración

Es indudable que el art. 106.2 CE proclama, aunque parcialmente, en el plano de constitucionalidad, uno de los mayores logros del derecho público del siglo pasado: desterrar la inmunidad de los poderes públicos ante los daños incidentales causados por su conducta. Y aunque, en su vertiente objetiva, se trata de una garantía institucional, sin duda resplandece con mayor vigor la perspectiva subjetiva: estamos, en realidad, ante un derecho subjetivo público/garantía de los ciudadanos (una garantía/derecho subjetivo del ciudadano frente a los daños irrogados por los servicios públicos¹⁶, entendidos estos en el sentido más amplio y

¹⁶ En el ámbito del derecho administrativo no se deja de reconocer esta calidad de garantía institucional de la RPA, y se llega a criticar que no se instaurara como un verdadero derecho, por ejemplo; MARTÍN REBOLLO, «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)», *Revista de Derecho Político*, N° 37, 1992, pp. 51-82. Y, de hecho, coincidimos con quien entiende que el contenido mínimo de dicha garantía es la responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento anormal, aunque pueda el legislador, puntualmente, extenderla a algún supuesto de funcionamiento normal; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración, Hacia un nuevo sistema*, Madrid, 2002, p. 45; EL MISMO, «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, p. 39. Para una bibliografía y tratamiento más extenso; DÍAZ CABIALE, *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, 2009. Sobre el paradigma que ofrece el análisis económico del derecho a la responsabilidad civil, que supera la perspectiva tradicional de la institución en cuanto que garantía del perjudicado, y sus consecuencias respecto a la exigencia de responsabilidad a los empleados públicos y autoridades; DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por

englobando cualquier acción de la Administración, aunque no incluye la posibilidad de que una Administración reclame a otra RPA): el derecho a ser resarcido por los daños y la correspondiente obligación del integrante del poder público.

Precisamente, es de destacar que, en este apartado del precepto constitucional, que aborda las dos grandes garantías frente a la Administración, a diferencia de lo que sucede en el anterior¹⁷, prima la óptica de la situación subjetiva del ciudadano: «Los particulares (...) tendrán derecho (...).» Como también acontece en el ámbito de la UE, art. 41.3, «Derecho a una buena administración»¹⁸, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Mas, al margen de cualquier exégesis, es innegable que el art. 106.2 CE, y por influencia directa de la normativa del plano de legalidad en la que se inspira, *infra* 10, circunscribe el derecho subjetivo del ciudadano a la reparación de los daños ocasionados por la conducta de la Administración como tal, como integrante de un poder público («siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»). Literalidad avalada, por un lado, por una exégesis sistemática, puesto que el Título IV de la CE, «Del Gobierno y de la Administración», regula la conducta o la composición de los integrantes del poder público cuando actúan en el ejercicio de las oportunas potestades públicas (únicamente el art. 102 CE al consagrar el aforamiento del Gobierno en materia de responsabilidad penal, o la existencia de esta en ciertos supuestos, no lo circunscribe al ámbito público de su conducta). Y, por otro, analógicamente, por lo que se dispone cuando se configura la responsabilidad del Estado-Juez, al contemplar exclusivamente la que trae causa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o el error judicial, art. 121 CE, Tít. VI CE.

Con ello, evidentemente, no se defiende, en el plano de constitucionalidad, la irresponsabilidad de los poderes públicos por los daños irrogados incidentalmente cuando no actúan en su condición de tales, sino simplemente que en esos supuestos la obligación de indemnizar deriva del principio constitucional de su responsabilidad *in genere*, art. 9.3 CE, mientras que los arts. 106.2 y 121 CE regulan un aspecto singular de la responsabilidad extracontractual del Estado-Administración y del Estado-Juez. De hecho, cuando no existe una previsión específica al respecto, como sucede con el caso del Estado-Legisladador, *infra* 9, toda su responsabilidad extracontractual ha de entenderse derivada del art. 9.3 CE. Y ello, al margen de la eficacia directa de los preceptos constitucionales que regulan los derechos fundamentales y libertades.

los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre, 2009, pp. 128-151.

¹⁷ En el art. 106.1 CE únicamente se contempla el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación de la Administración, obviando lo decisivo: que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en esos supuestos tiene como finalidad la tutela de los correspondientes derechos e intereses legítimos, como sí recuerda, por ejemplo, el art. 113 de la Constitución italiana. No existe, pues, un proceso con «contenido objetivo», sino un verdadero proceso de partes, art. 24 CE, puesto que el ejercicio de la potestad jurisdiccional tiene como cometido la solución de conflictos intersubjetivos o sociales, mediante la oportuna tutela de los intereses legítimos. La tutela (complemento y actuación) del derecho «objetivo» que realiza el tribunal es siempre un medio para el fin señalado, tal y como demuestra la interrelación que existe (la prohibición de su alteración) entre el tribunal y el objeto que le someten las partes, a resultas del juego del derecho fundamental al juez imparcial, art. 24.2 CE.

¹⁸ «Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.»

En cualquier caso, lo decisivo es que la regulación constitucional de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos tiene como centro de gravedad el derecho del ciudadano, la garantía que se consagra; la consiguiente obligación de resarcimiento del poder público no es más que el instrumento a ese efecto: es la correspondiente situación jurídica, pasiva, derivada de la relación jurídica que surge tras irrogar, indebidamente, daños incidentales. O, en otras palabras, que lo decisivo cuando se regula la responsabilidad patrimonial de la Administración (en sentido amplio, actuando como poder público o sin ejercicio de potestad alguna) es su presupuesto, la situación jurídica activa: el derecho subjetivo público del ciudadano al resarcimiento del daño, y no la obligación, aunque sea una consecuencia correlativa necesaria, la responsabilidad de la Administración. Por ello, como se ha señalado, hay que evitar cualquier regulación que invierta dicha premisa constitucional, de suerte que se acabe privilegiando, indebidamente, a la Administración en claro detrimento del ciudadano. Y eso es lo que, como se anticipó, denunciamos en el presente trabajo en dos supuestos específicos: 1) cuando se afora a la Administración ante los tribunales del orden contencioso-administrativo para dilucidar su responsabilidad extracontractual derivada de relaciones de derecho privado, obligando a una previa autotutela administrativa, y sin que haya que aplicar los criterios específicos de imputación previstos por el legislador para la responsabilidad extracontractual de la Administración en su actuación como poder público¹⁹; 2) en sentido inverso, excluyendo, *ad nutum*, la responsabilidad patrimonial de la Administración estipulada en el art. 106.2 CE y desarrollada por el legislador en normas de derecho público con un criterio de imputación singular, y suscitando, por el contrario, exclusivamente, una responsabilidad de derecho privado del ente instrumental de derecho privado de la Administración que integra el sector público institucional, pero no la Administración en sentido estricto (la sociedad mercantil estatal, S.M.E.): el disfraz de aquella no puede ocultar su conducta ni excluir su responsabilidad tal y como proclama el art. 1062 CE, *infra* 7.

De todas formas, conviene aclarar que es evidente que el propio tenor literal del precepto constitucional implica su neutralidad en cuanto al régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando actúa como integrante de un poder público: «Los particulares, en los términos establecidos por ley (...)", art. 106.2 CE. Esto es, se trata de un derecho/garantía constitucional de configuración legal: el legislador es libre para regular el sistema (de derecho público o privado) de responsabilidad extracontractual de la Administración que entienda más oportuno²⁰. Es conocido que las instituciones jurídicas no ostentan una naturaleza jurídica pre establecida, según un orden natural, sino que es el propio legislador el que la va acotando a tenor del desarrollo normativo por el que opta. Ahora bien, la libertad del legislador queda delimitada por sus propias decisiones: si estipula un régimen jurídico singular de una institución, no cabe derogarlo arbitrariamente, y menos aún hacerlo en perjuicio del titular del derecho que es el fundamento y origen de aquella, para beneficiar al sujeto pasivo de

¹⁹ Arts. 9.4 LOPJ, 2.e) LJCA y 35 LRJSP: primero abocando a la autotutela ante la Administración (ya desde 1992, LRJAP y PAC, art. 144 -versión original- y art. 1.2 RD 429/1993 Procedimiento de responsabilidad patrimonial).

²⁰ Además, como se había anticipado, no se consagra obligatoriamente la responsabilidad por funcionamiento anormal; REBOLLO PUIG, «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», *Estudios para la reforma de la administración pública*, INAP, 2004, pp. 218-219; DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010, pp. 203-204. Un análisis de la génesis del precepto constitucional en MUÑOZ GUIJOSA, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuricidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril, 2012, pp. 100-106.

la relación jurídica. En definitiva, las decisiones del legislador predeterminan su conducta ulterior, a tenor del juego de los arts. 9.3 CE, proscripción de la arbitrariedad, y del principio de igualdad en la ley, arts. 9.2 y 14 CE.

Evidentemente, no sostenemos que exista una actitud dolosa, deliberada o consciente, del legislador y de la doctrina que lo sigue o inspira, para perjudicar a los ciudadanos y privilegiar a la Administración en los supuestos que denunciamos. Sin embargo, eso es lo que sucede cuando se ha optado por implantar en normas de derecho público un régimen singular de la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de su conducta como integrante de un poder público, y este se expande indebidamente o se excluye inopinadamente, si de ello se deriva un notorio perjuicio (como se ha señalado y se explicitará *infra* 10) para el titular del derecho que se garantiza. Estamos, como se insistirá, ante la consecuencia de la ensoñación o complejo de completitud que asola a parte de la doctrina administrativa: que la responsabilidad extracontractual de la Administración, *in toto*, es una institución de derecho público, a pesar de que el propio legislador desde 1954 acotara su contenido, el de la RPA de derecho público, al funcionamiento normal o anormal del servicio público (entendido este en el sentido más amplio posible).

6.1. La eficacia directa de los derechos fundamentales

No hace falta insistir en que, incluso en ausencia de la normativa señalada, en el plano de constitucionalidad, los derechos fundamentales ostentan una eficacia directa (no se precisa, para su contenido esencial, de un desarrollo normativo ulterior), que impondría la necesidad de su resarcimiento si la Administración los lesionara. Ahora bien, la eficacia de los derechos fundamentales no se limita a los poderes públicos, de suerte que la CE no permanece indiferente a la responsabilidad extracontractual derivada de las relaciones jurídicas *inter privatos* si aquellos están en liza. No es el momento ni el lugar para elucidar si la máxima *alterum non laedere* resulta ser un principio constitucional, implícito, transversal. Tampoco resulta procedente ahora pormenorizar el debate dogmático acerca de la eficacia frente a terceros, *Drittewirkung*, de los derechos fundamentales ante el silencio de nuestra CE o alguna proclamación expresa restrictiva, art. 53.1 CE, así como la necesidad de la ficción de imputar al órgano jurisdiccional la lesión de los derechos fundamentales sustantivos, por no haberlos tutelado debidamente, para poder acceder al amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, arts. 41.2 y 44 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), LO 2/79. Pero sí que resulta preciso constatar una realidad: la superación del dogma liberal según el cual los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, únicamente despliegan su eficacia en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, relaciones asimétricas, mientras que los vínculos jurídicos entre estos, las relaciones *inter privatos*, relaciones -presuntamente- simétricas-, se regulan por aquella rama del ordenamiento jurídico, u otra especializada, que se ocupa de la autonomía de la voluntad y sus límites: el derecho civil, CC, que se erigiría en una suerte de texto constitucional en ese ámbito. Hoy en día, en definitiva, no cabe poner en duda la eficacia directa o inmediata (aunque no deje de existir quien sostiene la eficacia mediata: *interpositio legislatoris* o a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional) de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, aun cuando el debate se circunscriba a su alcance o intensidad (la necesidad de su ponderación en cada supuesto, atendiendo también a la efectiva simetría de la relación jurídica²¹). Es más, incluso

²¹ Así, por ejemplo; BILBAO UBILLOS, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittewirkung*: una visión de conjunto», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 2017, pp. 43-74.

en el ámbito de ciertos derechos fundamentales que, en principio, solo despliegan su juego en el ámbito del ejercicio de una potestad pública, es dable que acontezca su lesión a resultas de una conducta *inter privatos*, como sucede con el art. 24.1 CE y el derecho a la indemnidad, STC (Sala Segunda) 92/2009, de 20 de abril, (BOE núm. 125, de 23 de mayo de 2009), FJ 3²². En definitiva, cuando un particular irroga un daño antijurídico a otro sujeto sin mediar un vínculo obligacional previo entre ellos, el contenido de los derechos fundamentales (entendidos estos en sentido amplio, incluyendo la propiedad privada, art. 33.1 CE), impone el deber de indemnizarlo. Y ello se articula, en el plano de legalidad, a través del art. 1902 CC, que estipula el deber de reparar cualquier daño (no solo, claro está, cuando el bien jurídico lesionado forme parte del contenido de un derecho fundamental) si existe culpa, además de aquellos supuestos en los que el legislador ha dispuesto en cualquier caso dicha obligación. Pero, y esto es lo decisivo a efectos de este trabajo, conviene precisar que el deber de reparar los daños *inter privatos* irrogados a los derechos fundamentales, no solo resulta de las relaciones jurídicas privadas *stricto sensu*, sino también de aquellas otras en las que el particular está al servicio de la Administración y es quien materializa el obrar de aquella. En estos supuestos, aunque *infra* 13 se insistirá, que la conducta del integrante del poder público consista en una conducta propia de este, no excluye que también lo sea del autor material de la misma, el personal al servicio de la Administración. Surge así, naturalmente, una responsabilidad solidaria. De esta manera, la lesión, por ejemplo, del derecho a la integridad física, art. 15 CE o del derecho a la propiedad privada, art. 33.1 CE, suscita en el plano constitucional, por exigencia del contenido de los propios derechos fundamentales, que el personal al servicio de la Administración también esté obligado a reparar los daños. Consiguientemente, como se explicará, la mera ausencia de una previsión específica de esta responsabilidad en el plano de legalidad no la excluye, sino que su exigencia se hará valer, según se indicó, a través del art. 1902 CC. Hace falta, en consecuencia, una disposición expresa del legislador para impedir la eficacia directa de los preceptos constitucionales, siempre, claro está, que además se garantice suficientemente la reparación del perjudicado.

En definitiva, y paradójicamente (no hace falta insistir en que el origen de la RPA fue proteger al perjudicado frente a la finisecular irresponsabilidad de la Administración derivada de la inmunidad del soberano o del gobierno: *The King Can Do No Wrong*²³ *Rex non potest peccare; Princeps legibus solutus*²⁴) la garantía constitucional del art. 106.2 CE, con un contenido muy concreto, ha servido para, en ocasiones, beneficiar procesal y sustantivamente a la

²²«a) Como hemos reiterado en numerosas ocasiones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el demandante de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina; STC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3; 16/2006, de 19 de enero, FJ 2; y 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3).».

²³ Acerca de la evolución en el derecho inglés del *principle of law that the King was «below the law»*, hasta la máxima señalada, por ejemplo, BARRY, «The King Can Do No Wrong», *Virginia Law Review*, Vol. 11, No. 5, March, 1925, pp. 349-371, y su interacción con «the sovereign cannot be sued without his consent»; PARKER, «The King Does no Wrong -- Liability for Misadministration», 5 *Vanderbilt Law Review*, 167, 1952, pp. 167-176.

²⁴ UPLIANO (Dig. 1.3.31); PENNINGTON, «Politics in Western Jurisprudence», *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 6, Springer-Verlag, New York, 2007, pp. 157-211.

Administración en detrimento de aquel: únicamente en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y del sector público institucional que no la integra) derivada del funcionamiento de los servicios públicos (que incluye cualquier acción de la Administración), existe un aforamiento natural de aquella ante el orden contencioso-administrativo, *secundum naturam*, que no necesitaría, en atención a la naturaleza de la normativa que la regula, siquiera de unas previsiones procesales específicas. Todo lo demás resulta ser la transmutación de una garantía del ciudadano en un privilegio (blindaje) sustantivo/procesal de la Administración, previo filtro (procedimiento administrativo, autotutela) ante ella, e igualmente acontece cuando se elude, arbitrariamente, dicho régimen y se deriva la responsabilidad extracontractual a un ente de derecho privado dependiente de la Administración que integra el sector público institucional.

7. El art. 106.2 CE implica la existencia de la RPA cuando un integrante del sector público institucional presta un servicio público

Como se acaba de explicitar, el art. 106.2 CE consagra, como uno de los hitos más decisivos del derecho público, una garantía/derecho de los ciudadanos. De hecho, su adecuada exégesis y el desarrollo de la normativa en vigor, arts. 35 LRJSP, también permite asumir, aunque se discuta, que la huida al derecho privado de la Administración al prestar un servicio público no elude la RPA; no solo cuando se trate de la Administración en sentido estricto, arts. 2.2.a) y 2.3 LRJSP y Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, L 39/2015 (LPACAP), sino que incluye a todo el sector público: al sujeto de derecho público que la integra sometido a derecho privado (entidades públicas empresariales, arts. 103 y 104 LRJSP, aunque a efectos de la LCSP, art. 3.2, no sean Administración), y también a la entidad de derecho privado que conforma el sector público institucional (la mayoría del capital es propiedad de la Administración) pero no integra formalmente aquella (sociedades mercantiles estatales, o fundaciones del sector público estatal, arts. 128 y 130 LRJSP), arts. 2.2.b) LRJSP y LPACAP y 3.1.f) LRJSP. Precisamente, el CP, art. 31 quinque 2, coetáneo a dichos textos, refrenda el concepto de Administración empleado en ellas, por cuanto solo consiente la posible existencia de responsabilidad penal (multa e intervención judicial) de las sociedades mercantiles estatales «cuando ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general»²⁵. Y, en otro orden de cosas, el propio legislador, como se ha apuntado, excluye en el proceso civil, la necesidad de acudir previamente a los MASC, cuando se trate de una entidad que integra el sector público, art. 3.2 LO 1/2025, sin distinción alguna. En definitiva, si el legislador reconoce la personación de la Administración en los distintos órdenes incluso cuando se encuentra travestida de derecho privado, ¿cómo se pretende eludir su personación y responsabilidad si, bajo la forma señalada, presta un servicio público y se trata de dar cumplimiento a la garantía/derecho recogido en el art. 106.2 CE? Por ello, no cabe sino entender que la RPA engloba también a lo que tradicionalmente se denomina Administración institucional²⁶.

Es paradójico haber expandido inopinadamente la RPA a la derivada de relaciones de derecho privado y, a la par, pretender excluirla cuando la Administración se disfraza en su obrar (sujeto público sometido a derecho privado) o en su ser y obrar (sujeto privado dependiente de la

²⁵ Salvo que hubiesen sido creadas exclusivamente con una finalidad delictiva.

²⁶ « (...) debería entenderse que la actuación de una sociedad mercantil siempre es la actuación de la Administración pública de la que es un mero instrumento.»; CHINCHILLA MARÍN, «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, p. 34.

Administración que actúa según el derecho privado) para prestar un servicio público o ejecutar una política pública. Contradicción que también resalta cuando se postula la existencia, a pesar de los arts. 32.9 LRJSP y 196.1 LCSP, de la RPA si el daño es imputable a una conducta exclusiva del contratista²⁷. Por ello, con mayor motivo, en las hipótesis señaladas no cabría escapar a la RPA.

En definitiva, según nuestra exégesis, aunque existen opiniones contrarias en la doctrina y jurisprudencia administrativa²⁸, el art. 35 LRJSP, al someter a la RPA la responsabilidad

²⁷ Sobre las diferentes interpretaciones que brinda la jurisprudencia de los arts. 123 LEF y 196 LCSP, cuando se trata de la gestión indirecta del servicio público y las posibles soluciones sustantivas y procesales; HUERGO LORA, «Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*. Número 2º, octubre 2023, así como las posibles soluciones sustantivas y procesales.

²⁸ Desde antaño la posibilidad de imputar la responsabilidad patrimonial a la sociedad matriz o al ente instrumental ha sido una cuestión discutida. Incluso, con anterioridad a la LRJSP, se debatía dicha posibilidad cuando se trataba de entidades públicas estatales, mientras que en el caso de las sociedades mercantiles estatales no parecía haber duda de que había que acudir al orden civil, si bien se dilucidaba el régimen de responsabilidad aplicable: el art. 1902 CC o la responsabilidad objetiva; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz», *REALA*, núms. 300-301, 2006, pp. 568 ss.; DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 3ª ed., 2009, pp. 464-470, entiende que en la sociedad mercantil participada por la Administración matriz, se suscita su responsabilidad solidaria cuando ostenta un control efectivo o dirección, directo o indirecto, del ente privado; BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, 1997, pp. 75-76, sostiene que el orden civil es el que debe conocer de esta responsabilidad de un sujeto privado; REBOLLO PUIG, «La reclamación de la indemnización», en QUINTANA LÓPEZ (dir.)/CASARES MARCO (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, t. I, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2013, pp. 103-107, en el mismo sentido, entiende que tiene que responder el ente privado ante el orden civil, aunque admite que la solución contraria que asume la jurisprudencia en ocasiones (la jurisdicción por razón del objeto del orden contencioso-administrativo), cuando se trata de un servicio público «tiene cierta lógica».

CHINCHILLA MARÍN, *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, tras analizar los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, pp. 49-53, entiende, pp. 53-56, que la Administración matriz debería responder, pero únicamente de forma subsidiaria (para no vaciar la personalidad jurídica del ente privado), salvo que se ponga de manifiesto la existencia de una verdadera separación o independencia de personalidades; FUERTES, «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *Revista de Administración Pública*, 206, 2018, sostiene que las sociedades públicas conservan su personalidad jurídica privada y, por tanto, su responsabilidad, aunque pueden existir, p. 75, circunstancias excepcionales (fundamentalmente, las que demuestren una «firme dirección de la Administración») que permitirían trasladar la deuda; eso sí, a tenor del art. 35 LRJSP, queda claro que habrá de exigirse la responsabilidad extracontractual ante el orden contencioso-administrativo, siguiendo el régimen de la RPA, pp. 86-88; VAQUER CABALLERÍA, «Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas», en GAMERO CASADO, (dir.)/FERNÁNDEZ RAMOS/VALERO TORRIJOS, (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, v. I, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 240, nota a pie de p. núm. 35, sostiene que, a tenor del art. 35 LRJSP, están sujetas al régimen general de la RPA; también entienden que, al amparo del art. 35 LRJSP, responde la sociedad mercantil estatal de los daños, conforme al derecho administrativo y ante los tribunales de ese orden, COMPANYS ALET, «Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones públicas», *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 41-2015, p. 90; en el mismo sentido COBO OLVERA/COBO PERALTA, *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, 8ª ed., 2022, pp. 267 ss.

Por cierto, si se entiende, como se ha visto que hacen algunos autores, que el art. 35 LRJSP lo que estipula es el sometimiento del ente instrumental privado al régimen de responsabilidad extracontractual de derecho público, se salva cualquier objeción que pudiera existir (la necesidad de una previsión específica en la LOPJ, art. 122.1 CE) a la atribución al orden contencioso-administrativo del conocimiento de esa responsabilidad: el legislador ha especificado, no ha llevado a cabo una mutación artificial, la naturaleza sustantiva de aquella, por lo que el orden contencioso-administrativo expandiría naturalmente su jurisdicción por razón del objeto a la misma a tenor del art. 9.4 LOPJ.

extracontractual de la Administración en sus relaciones de derecho privado, también cuando actúa a través de un ente instrumental de derecho privado, engloba dos realidades: a) la responsabilidad extracontractual de derecho privado «propia», la resultante del obrar de la Administración cuando no actúa como un integrante de un poder público, que es la hipótesis que criticamos en este trabajo (en este supuesto, lógicamente, no se incluye la actuación del sector público institucional que no integra la Administración, por cuanto son entes de naturaleza privada que en este caso no llevan a cabo una actividad prestacional ni ejecutan una política pública²⁹); b) la actuación de derecho privado «impropia», esto es, cuando la Administración está travestida de derecho privado, sector público institucional que no integra la Administración y presta un servicio público (entendido en sentido amplísimo). Por las razones expuestas, *supra* 6, este último supuesto resulta una consecuencia del plano de constitucionalidad: 1) el art. 106.2 CE impone la exigencia de la responsabilidad extracontractual de la Administración (sin que se pueda derivar a un ente privado instrumental) cuando se trata de un servicio público (en sentido amplísimo); 2) al haber estipulado el legislador un régimen singular de responsabilidad extracontractual para esos supuestos, los arts. 9.3, 9.2 y 14 CE imponen su aplicación. Por ello, cuando el plano de legalidad, a través del art. 35 LRJSP, consagra la aplicación de la RPA a los

Para un análisis pormenorizado de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales en el caso de las entidades públicas empresariales, que incluyen supuestos como AENA, RENFE y ADIF, pp. 138-146, y en el caso de las sociedades mercantiles públicas (*propiedades de la Administración*), así como de las sociedades mercantiles estatales; YÁÑEZ DÍAZ, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Privatización de Servicios Públicos*, pp. 147-156, o incluso la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo, pp. 164 ss., respecto a la jurisprudencia, la relativa Metro de Madrid S.A., en la que el TSJ de Madrid, ratificado por el TS (con argumentos discutibles), reconoce la responsabilidad de la Comunidad de Madrid, pp. 172-178, aunque en 2017, el TSJ de Madrid, llega a una solución contraria, p. 180. El autor, citando a otra doctrina, entiende que privatizar las funciones administrativas a través de sociedades mercantiles, fundaciones, no permite excluir la RPA, pp. 186-190, y concluye asumiendo la interpretación del art. 35 LRJSP que postulamos, p. 192. En el caso de ADIF, la SAP Asturias 37/2017, Secc. 1, 17 de marzo 2017 (ECLI:ES:APO:2017:345A), FD segundo, recuerda que la jurisdicción por razón del objeto corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo. Cuando se trata de sociedades mercantiles la Sala especial de Conflictos de Competencia, llegó a sostener; Auto 26/2014, 4 diciembre (ECLI:ES:TS:2014:8321A), FD segundo, que, incluso estando participadas al 100% por una Administración territorial (FOMENTO Y DESARROLLO MUNICIPAL, S.A., del Ayuntamiento de Arganda del Rey), se trata de un sujeto privado y no de una Administración, por lo que conocen los tribunales civiles. En sentido contrario, los tribunales civiles han declarado también que, por imperativo del art. 35 LRSP, en el caso de las sociedades anónimas públicas, como CANAL DE ISABEL II GESTIÓN S.A. (sector público institucional de la Comunidad de Madrid), corresponde la jurisdicción por razón del objeto a los tribunales del orden contencioso-administrativo; Autos AP de Madrid, 167/2018, Secc. 14, 26 de junio (ECLI:ES:APM:2018:3588A), Razonamiento Jurídico tercero, y 69/2019, 4 de abril (ECLI:ES:APM:2019:1804A), Razonamiento Jurídico segundo. En el mismo sentido, la SAP de Ciudad Real 158/2024, Secc. 1, de 16 mayo (ECLI:ES:APCR:2024:564), FD segundo, entiende que la jurisdicción por razón del objeto corresponde al orden contencioso-administrativo cuando la actuación médica correspondió a un centro privado por derivación del servicio público de sanidad (SESCAM). Por el contrario, cuando se trata de las Mutuas Patronales que prestan la asistencia médica, entidades privadas de empresarios colaboradoras de la Seguridad Social que asumen una actividad pública, existe una consolidada jurisprudencia según la cual no cabe condenar a la Administración, así, por ejemplo; STJ de Andalucía 490/2024, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 febrero (ECLI:ES:TSJAND:2024:3962), FD Cuarto.

Sobre la determinación de si existe verdadera externalización en el caso de las sociedades mercantiles o si se utilizan medios propios (si existe un control análogo al que ejerce la Administración sobre sus propios servicios); CANTERO MARTÍNEZ, «La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *DA. Revista Documentación Administrativa*, nº 286-287, enero-agosto 2010, pp. 300-304.

²⁹ CHINCHILLA MARÍN, *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, p. 35, sostiene, por el contrario, que toda la actuación de la sociedad mercantil estatal implica una conducta de la Administración encaminada a satisfacer el interés general. De hecho, se sostiene también que, en realidad, no estamos ante verdaderos sujetos privados; VELASCO CABALLERO, «Administración pública», en VELASCO CABALLERO/DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, segunda edición, Marcial Pons, 2024, p. 51.

supuestos derivados del obrar de derecho privado «impropio» de la Administración, no hace sino plasmar las exigencias constitucionales señaladas.

7.1. La dudosa constitucionalidad y legalidad de los intentos de excluir en supuestos puntuales la RPA cuando se trata del sector público institucional (que no integra la Administración) y presta un servicio público

La huida al derecho privado es lo que, de hecho, sucede con AENA S.A., la sociedad mercantil estatal (S.M.E.) encargada de la gestión aeroportuaria (en lo que nos interesa, de los aeropuertos españoles de interés general que, a mayor abundamiento, son una competencia exclusiva del Estado, art. 149.1.20^a CE), cuya principal finalidad, no parece que haya que insistir en demasía, no deja de ser un servicio público, a tenor de su cometido³⁰. Pues bien, en el Decreto-Ley que la crea, RDL 13/2010³¹ (aunque su denominación actual resulta del Real Decreto Ley, el 4 de julio de 2014), se estipula la responsabilidad de derecho privado de dicha S.M.E. Y ese fue, en síntesis, el argumento empleado por la jurisprudencia³² para desdeñar la reclamación de RPA efectuada por una usuaria ante los daños padecidos por una caída causada por la, alegada, deficitaria iluminación del acceso a la terminal de salidas nacionales del aeropuerto de Gran Canaria. Una previsión normativa, como cualquier otra análoga, cuya validez es más que discutible desde el plano de legalidad y el de constitucionalidad.

Antes de adentrarse en una argumentación más detallada, sí que resulta preciso puntualizar que la mera existencia de una previsión semejante demuestra que, según el criterio del propio legislador, se precisa de la misma para estipular que las entidades instrumentales de derecho privado de la Administración cuando prestan un servicio público no generan la RPA, contenida en el art. 106.2 CE y desarrollada en el plano de legalidad en la normativa administrativa oportuna (primero en la LRJAP y PAC y después en la LRJSP), sino la de aquellas entidades, de derecho privado, exigible ante el orden jurisdiccional civil. Es decir, incluso bajo la vigencia del art. 144 LRJAP y PAC, mucho más tibio, como se verá, que el art. 35 LRJSP, el legislador se veía en la necesidad de excluir, puntual y expresamente, el régimen jurídico que naturalmente resultaba aplicable a estos supuestos de responsabilidad extracontractual: la RPA.

Ya se ha explicado suficientemente que, según nuestro criterio, el plano de constitucionalidad, arts. 106.2 CE y su desarrollo normativo, LRJSP, imponen la vigencia del régimen pergeñado de RPA, aun cuando la prestación del servicio público (entendido en sentido amplio) se realice por un ente instrumental de derecho privado de la Administración (sector público institucional que no la integra). Algo que, como se señaló, explicita el art. 35 LRJSP, «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta

³⁰ Se suele definir al gestor aeroportuario como aquel que se encarga de coordinar las actividades diarias, asegurando que los vuelos se desarrolle puntualmente y que los pasajeros experimenten un proceso de viaje fluido. Además, gestiona la infraestructura del aeropuerto, supervisando mantenimientos, expansiones y mejoras necesarias para mantener la eficiencia operativa. Se recomienda, por si existiera la duda de si estamos ante la prestación de un servicio público, la lectura del art. 2º de los Estatutos sociales AENA S.M.E., SA, «Objeto social» <https://www.aena.es/sites/Satellite?blobcol=urldata&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1576857162660&ssbinary=true>.

³¹ Disposición transitoria tercera del RDL 13/2010: «1.(...) Todas las reclamaciones de responsabilidad interpuestas contra «Aena Aeropuertos, S.A.» con posterioridad al ejercicio efectivo de sus funciones y obligaciones, ya sea por hechos anteriores como posteriores a este momento, se regirán por el derecho privado. (...)».

³² SAN 38/2019, Contencioso Administrativo, de 18 de noviembre (ECLI: ES:AN:2019:4451), FD Cuarto.

naturaleza (...)» se genera la RPA, que puntuiza las previsiones de los arts. 2.2.b) y 3.1.f) LRJSP. Evidentemente, si la actuación de la S.M.E. no constituye la prestación de un servicio público ni la actuación de una política pública, estaríamos ante una responsabilidad de derecho privado originada por un sujeto de tal condición, que debe conocerse por el orden civil sin necesidad de previsión legal específica. Pero, como es notorio, el hecho de liberalizar un determinado sector público, dedicado a la prestación servicios públicos (la gestión de los aeropuertos españoles de interés general que son competencia exclusiva del Estado), para facilitar también la concurrencia en régimen de competencia de entidades privadas no dependientes de la Administración, no excluye la RPA si esta continúa también prestando los servicios públicos (como tal o a través del sector público institucional que no la integra *stricto sensu*, en este caso la S.M.E.): es lo que, como resulta palmario, sucede con la sanidad, educación, transportes... En definitiva, el art. 106.2 CE conjugado con los arts. 9.3, 9.2 y 14 CE, impide la mutación caprichosa y arbitraria del régimen sustantivo estipulado con carácter general de RPA (incluso cuando la Administración actúa travestida) si se presta un servicio público (entendido en sentido amplio) y, menos aún, ceñirla al ente privado instrumental dependiente de ella.

Por otro lado, y, además, en el plano de legalidad existen dos objeciones para el caso que nos ocupa (AENA S.M.E., S.A.): una sustantiva y otra procesal. En primer lugar, la sustantiva se refiere a la aplicación del régimen de derecho privado, art. 1902 CC, a la responsabilidad extracontractual si se trata de la prestación de un servicio público, dispuesto en la mencionada DT Tercera del RDL 13/2010, cuando una normativa ulterior, arts. 32 y 35 LRJSP, L 40/2015, estipula, literalmente, justo lo contrario: la existencia de la RPA (o, como mínimo, tal y como se ha hecho notar, según algunos autores, la unidad de fuero procesal, contencioso-administrativo, y la aplicación del régimen de derecho público al ente privado) si la Administración lleva a cabo la actividad prestacional a través de una entidad de derecho privado. Y, como se ha señalado, la sociedad mercantil estatal es una concreción de la categoría del sector público institucional³³. Sólo cabría argumentar que, por mor del principio de especialidad, se mantendría la vigencia de dicho régimen singular que ya existía cuando antes una previsión legal, art. 144 LRJAP y PAC, ostentaba el mismo contenido que en la actualidad: ahora bien, ello no es cierto, la redacción del último precepto solo se refería a la actuación de la Administración en relaciones de derecho privado, mientras que el tenor del art. 35 LRJSP es inequívoco: «directamente o a través de una entidad de derecho privado»; como se ha constatado, no existe justificación alguna, ni en el plano de constitucionalidad ni en el de legalidad, para sostener la vigencia de dicha excepción, y la remisión, por analogía, que hace la jurisprudencia a la jurisdicción por razón del objeto del orden social para conocer de los asuntos relativos al personal de la sociedad mercantil carece de virtualidad alguna³⁴, ya que no es sino una consecuencia de la naturaleza jurídica, privada, de dicha sociedad tal y como contempla el art. 113 LRJSP³⁵, mientras que la RPA es una realidad jurídica diferente con su propio régimen jurídico³⁶, arts. 32 y 35 LRJSP. En segundo lugar, la

³³ Entidad de derecho privado que depende de la Administración, arts. 2.2.b) LRJSP y LPACAP, matizada en los arts. 84.1.c) LRJSP y 3.1.h) LCSP, y desarrollada en los arts. 111 a 117 LRJSP.

³⁴ SAN 38/2019, Contencioso Administrativo, de 18 de noviembre (ECLI: ES:AN:2019:4451), FD Cuarto.

³⁵ Aunque también se apliquen a estas entidades mercantiles privadas estatales los principios de igualdad, mérito y capacidad, disposición adicional primera y art. 55 del Estatuto Básico del Empleo Público, y arts. 23 y 24 del Convenio Colectivo del Grupo AENA. Además, se reconoce la aplicación de la condición de trabajador indefinido no fijo a estas sociedades; STS 4470/2021, Social, de 01 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4470), FD Tercero.

³⁶ Por cierto, y en ese sentido, el art. 115 LRJSP, estipula la «repetición» de la Administración, según el régimen de responsabilidad patrimonial, al empleado público designado para la Junta de Administración si se le han irrogado daños y existió dolo o culpa grave por parte de aquel.

objeción procesal estriba en que la distribución de las materias en los diferentes órdenes jurisdiccionales se contempla en la LOPJ, *ex art.* 122.1 CE, fundamentalmente y con carácter general, en el art. 9 LOPJ, y allí se especifica que el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, art. 9.4 LOJ. De hecho, el art. 2.e) LJCA explicita, *a fortiori*, que, a esos efectos, no cabrá demandar ante el orden jurisdiccional civil o social. Es decir, el art. 9.4 LOPJ implica necesariamente que no cabe exigir responsabilidad patrimonial (extracontractual) a la Administración ante el orden civil, sea cual fuere el régimen sustantivo de la misma, que es lo que significa la expresión «cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive». Para alterar dicha previsión hace falta una norma con rango de LO, algo que no sucede con el RDL 13/2010. Podría argumentarse, de contrario, que la S.M.E., como se ha explicado, no integra la Administración sino, *stricto sensu*, el sector público institucional en sentido amplio. Sin embargo, dicha objeción es un intento fútil de escapismo a las previsiones constitucionales y legales: el art. 106.2 CE, conjugado con los arts. 9.3, 9.2 y 14 CE, implica que la Administración no puede eludir la RPA (el régimen de derecho público de responsabilidad extracontractual por el que se ha optado); no es admisible sostener que es *The legal entity which wasn't there*, cuando presta un servicio público disfrazada con las vestes del derecho privado (su participación en AENA S.M.E., S.A. es del 51% a través de ENAIRE, una empresa pública) y ese es el sentido de la redacción de los arts. 9.4 LOPJ, 2.e) LJCA, 32 y 35 LRJSP; reclamar la responsabilidad extracontractual a AENA S.M.E., S.A. por la prestación del servicio público consiste en exigir la RPA. De hecho, la jurisprudencia más reciente ha entendido la existencia de contratos administrativos (los celebrados por una Administración, o están vinculados a su tráfico específico, o satisfacen una finalidad pública competencia de aquella, art. 25.1 LCSP), concesiones (administrativa de servicios), celebrados por AENA y que, en consecuencia, resultan sometidos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a pesar de su calificación como arrendamientos³⁷.

Precisamente, y como aval de la existencia de RPA cuando la Administración travestida de sujeto de derecho privado presta un servicio público, existe la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que reafirma la singularidad de la S.M.E. que lleva a cabo una actividad prestacional: es el criterio que toma el legislador para limitar su responsabilidad penal en cuanto que persona jurídica de derecho privado que, si bien no está exenta de responsabilidad penal como acontece con la Administración, art. 31. Quinquies.1 CP, solo puede resultar sometida a la pena de multa o intervención judicial «cuando ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general», art. 31 quinquies.2 CP. Una limitación que solo cede cuando se adoptó esa forma jurídica para evitar la responsabilidad penal. Es decir, por llevar a cabo una conducta en aras del interés general, no cabe imponerle las restantes penas que sí proceden para las personas jurídicas de derecho privado y que impedirían u obstaculizarían aquella: la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de actividades o la inhabilitación de para obtener subvenciones, contratar con el sector público o gozar de beneficios (fiscales o de Seguridad Social), art. 33.7 CP. En definitiva, la naturaleza pública de la conducta que desempeña la S.M.E. delimita drásticamente su responsabilidad penal y la diferencia de la de los restantes sujetos de derecho privado. Por consiguiente, si la responsabilidad penal de la S.M.E. que realiza una actividad prestacional tiene un régimen singular y diferenciado, parece evidente

³⁷ STS 317/2021, Contencioso-administrativo, Sección 4, de 08 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:1195); doctrina asumida por la STS 584/2025, Civil, Secc.1, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:584), FD tercero; Auto Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo 8/2024, de 27 de junio (ECLI: ES:TS:2024:8656A), aunque en este caso se trataba de la modificación de un contrato privado celebrado por una Universidad pública.

que su responsabilidad extracontractual en esos supuestos no puede ser igual a la de los otros sujetos de derecho privado, teniendo presente que su titularidad pertenece mayoritariamente a la Administración, y esta se encuentra sometida a un régimen singular de derecho público, en tanto que elección del legislador que desarrolla el derecho de los ciudadanos contenido en el art. 106.2 CE.

8. El déficit estructural, sustantivo y procesal, del andamiaje que sostiene el blindaje de la Administración ante el orden contencioso-administrativo cuando se trata de la RPA

Lo cierto es que el blindaje de la Administración en lo atinente a la RPA, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se presenta como un devenir natural que se sustenta en varios postulados, sustantivos y procesales, a nuestro entender, más que discutibles, que procedemos a enunciar y que desarrollamos en epígrafes ulteriores:

- El legislador administrativo desde 1951 reguló la responsabilidad patrimonial de la Administración, la extracontractual, como un todo, incluyendo tanto las relaciones de derecho privado como la resultante de la prestación de los servicios públicos, entendidos en sentido amplísimo (algo que resulta completamente inexacto, *infra* 10). Se habrían asentado, según este relato, las bases del sistema del derecho de daños de la Administración (el espejismo o autosugestión de completitud)
- De ello se deriva la otra consecuencia «natural», ahora procesal: ante una institución regulada *in toto* por normas de derecho público, con sus singularidades (principalmente que es, al menos formalmente, una responsabilidad objetiva, resultante del obrar propio, directa) y autonomía (aunque solo es cierto cuando se trata de la prestación de servicios públicos, entendidos en sentido amplio), se produce la extensión de su conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- El reconocimiento de que la conducta lesiva es un acto propio de la Administración desplaza a un segundo plano la responsabilidad del personal a su servicio. Se reputa así que la obligación de este frente al perjudicado de resarcir los daños que le ha ocasionado por su propio obrar, necesita de un reconocimiento expreso del legislador, nuevamente el administrativo, y no deriva de la aplicación natural del principio general del derecho contenido en el art. 1902 CC y que, además, constitucionalmente también resulta de la eficacia directa del contenido de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* cuando estos han sido lesionados. Perspectiva parcialmente, corregida por la reforma operada por la LO 7/2015 en la LOPJ.

Ahora bien, antes de pormenorizar dichos aspectos, es necesario delimitar qué ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en sentido amplio, abarca la RPA, y cuál es el orden jurisdiccional encargado de conocer de aquellos. De esta suerte, se constatará la anomalía o excepción que supone atribuir la responsabilidad extracontractual de derecho privado de la Administración al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

9. Precisando el concepto de responsabilidad patrimonial y el fuero procesal

9.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración, en sentido amplio, incluye no solo la responsabilidad extracontractual sino también la contractual (y la resultante de la expropiación forzosa)

Aunque se trate de una realidad elemental, resulta necesario recordar que lo que habitualmente se conoce como RPA no es, valga la redundancia, toda la responsabilidad patrimonial³⁸ o «derecho de daños» de la Administración, «la responsabilidad por daños causados por la Administración» o «responsabilidad por daños de la Administración» apartados I y IV preámbulo de la LEF 1954, sino que engloba únicamente una parte de esta: la responsabilidad extracontractual. Es más, originariamente, únicamente abarcaba la responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento de los servicios públicos (en sentido amplísimo), aunque, a golpe de reforma, después de más de cuatro decenios, también se incluyó la resultante de las relaciones de derecho privado, *infra* 10, completando la colonización.

³⁸ En realidad, la expresión que empieza a calar en la doctrina a mediados de los años 60, después de su empleo en la LJCA de 1956, trae causa del intento de diferenciarla de la responsabilidad civil (extracontractual), no tanto conceptualmente sino como una autoafirmación de la jurisdicción por razón del objeto del orden contencioso-administrativo sobre ella; MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, 2005, pp. 116-123; EL MISMO «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. (I). Fundamentos. Función», en CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. IV. *Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, 2009, pp. 32-33. De hecho, dicho autor preconiza la unidad de la institución de la responsabilidad por daños (aunque exista una evidente distinción normativa), porque su fundamento es el mismo sin distinción de la naturaleza pública o privada del ámbito en que aquellos se producen, pp. 33-41.

Efectivamente, cuando el legislador regula la «responsabilidad patrimonial»³⁹, solo contempla, y bajo una rúbrica especialmente impropia «Administraciones Públicas»⁴⁰, la responsabilidad extracontractual de la Administración (y del sector público institucional)⁴¹.

Existen otros ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración excluidos de dicha regulación, fundamentalmente:

Por un lado, como también es notorio, la responsabilidad derivada de la expropiación forzosa, art. 33.3 CE, se contempla en la LEF, aunque también se incluye la derivada de la ocupación temporal y otros daños irrogados por razones de orden o seguridad públicos, Tít. IV LEF, (entre los que inicialmente se incluyó la extracontractual derivada de los servicios públicos, art. 121 LEF) y Tít. IV (derogado el cap. II) Decreto 26 de abril 1957, Reglamento de la Ley Expropiación Forzosa.

Por otro lado, y dentro de la clásica distinción de las fuentes de las obligaciones, debidamente remozada, se diferencia, además de aquellas impuestas por la ley, entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pues bien, también es evidente que la responsabilidad contractual de la Administración, responsabilidad patrimonial por antonomasia⁴², se regula en la Ley de Contratos del Sector Público, L 9/2017 (LCSP), que parte de la distinción elemental entre los contratos de derecho público y los de derecho privado (aunque en estos, y siguiendo la estela de la LJCA, apartado II expo. de motiv., se distinguen los actos de preparación y adjudicación)

³⁹ Apartado II Preámbulo, Cap. IV, «De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», arts. 32 a 37, art. 73, 97, 114, 115, 127, 135, L 40/2015, como también sucede con la L 39/2015, apartados III y V de la exposición de motivos, arts. 24, 35, 61, 65, 67, 81, 82, 86, 91, 92, 96, 114, Disposición transitoria quinta, Disposición derogatoria única, L 39/2015, tal y como acontecía con su antecedente, apartado 15, y Tít. X de la Exposición de motivos y Cap. I «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública» L 30/92.

⁴⁰ Como se sabe, se incluye bajo dicha rúbrica, «Administraciones públicas» a los diferentes poderes del Estado (aunque es cierto que en el texto constitucional se usa también dicha denominación, así dentro del Poder Judicial, Tít. VI, se emplea «Administración de Justicia», arts. 121, 122.1 y 125, como también acontece en el Tít. VIII CE, art. 149.1.5^a). Por eso, resulta más acertado referirse a la responsabilidad patrimonial del Estado, o más precisamente, del Estado-Administración, Estado-Juez, Estado-Legislador. De hecho, una de las mayores innovaciones de la L 40/2015, apartado II del Preámbulo, frente al art. 139.3 L 30/92, consiste en incluir la regulación de la responsabilidad del Estado-Legislador (además de su autoproclamación) en los supuestos de inconstitucionalidad y contravención del derecho de la UE, puesto que, como se sabe, la del Estado-Juez en dicha ley es meramente referencial, ya que se contempla en los arts. 121 CE y 292 a 296 LOPJ. Precisamente, la Comisión planteó al TJUE, recurso de incumplimiento, por la regulación interna de la responsabilidad del Estado-Legislador; IRANZO CEREZO, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista española de derecho administrativo*, Nº 205, 2020, pp. 201-226. Argumentos estimados parcialmente por la STJUE de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20) (TJCE 2022, 156); resulta contrario al principio de efectividad exigir STJUE y la firmeza de la resolución de los tribunales ordinarios que desestima el recurso contra la conducta administrativa; el plazo de un año de prescripción desde la publicación en el DOUE, y la limitación de los daños a los cinco años anteriores; CALVO VÉRGEZ, «El futuro de nuestra normativa interna sobre declaración de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Derecho Comunitario tras la reciente jurisprudencia del TJUE», *Quincena Fiscal* Núm. 12 junio 2023, EL MISMO, «Alcance de la reciente doctrina del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del ordenamiento comunitario», *Forum fiscal de Álava*, 142, 2021, pp. 29-40. Un análisis crítico de la jurisprudencia y la normativa española en materia de responsabilidad del Estado-Legislador, con propuesta de *lege ferenda* (incluyendo también la potestad normativa en el plano infralegal), puede verse en DOMÉNECH PASCUAL, «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *InDret 4.2022*, pp. 168-228.

⁴¹ VÁZQUEZ SEIJAS, «Introducción», en Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Manual de responsabilidad pública*, 3^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 69-71; DOMÉNECH PASCUAL/ MEDINA ALCOZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *Manual de Derecho administrativo*, p. 802.

⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 2006, pp. 193-197.

para diferenciar la regulación sustantiva y el consiguiente aforamiento procesal de cada una de esas responsabilidades patrimoniales en las que se puede incurrir (la Administración o el contratista).

Pero es que la inexactitud de la rúbrica de la regulación de la RPA no es únicamente objetiva sino también subjetiva: solo, literalmente, alcanza a la Administración, lo que no incluiría al sector público institucional que no la integra (las entidades de derecho privado dependientes de ella, por lo que se excluiría la conducta de la Administración travestida de derecho privado cuando presta un servicio público), algo que, *supra* 7, contraviene la previsión del art. 106.2 CE y obliga a una exégesis apropiada, literal, del art. 35 LRJSP, y sobre todo de los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA.

9.2. El fuero procesal para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración (sentido amplio) depende (con la excepción de la responsabilidad extracontractual de derecho privado) de la naturaleza de la relación jurídica en la que se produce el daño

La regulación sustantiva del derecho de daños de la Administración en su totalidad y su concomitancia procesal, arroja una conclusión elemental: se respeta *ab initio*, como no podía ser de otra manera, la naturaleza de las cosas (de las instituciones jurídicas, que, evidentemente, depende de la evolución de su regulación), esto es, se distribuye la jurisdicción por razón del objeto para conocer los conflictos intersubjetivos según aquella: el ámbito de cada orden jurisdiccional se delimita consustancialmente, aunque pueden existir excepciones lógicas (como en los supuestos de ejercicio conjunto de acciones, *supra* 4), en atención a la naturaleza de la relación jurídica sustantiva que sirve de fundamento a la acción ejercitada. Este es el *ordo naturalis* o regla general de la que parte el legislador procesal, arts. 122.1 CE y 9 LOPJ. Y ello se traduce en el derecho de daños de la Administración:

- Desde luego, el ejercicio de la potestad administrativa expropiatoria se controla por el orden contencioso-administrativo.
- En el ámbito de la responsabilidad contractual, tras prefigurar el concepto de contrato administrativo⁴³, así como, siguiendo la doctrina de los actos separables, diferenciar la preparación y adjudicación de los contratos privados, de todo el sector público, (cuya regulación es, en primer lugar, administrativa), se atribuye el conocimiento de estos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, art. 27 LCSP. Los otros aspectos de los contratos privados, la extinción, modificación y efectos, de la Administración y del resto del sector público, a tenor de su naturaleza y regulación, arts. 26 y 27 LCSP, se atribuyen al orden jurisdiccional civil. Ahora bien, como se ha comentado, *supra* 7.1, existen dudas en ocasiones, fundamentalmente en lo atinente a AENA S.M.E., respecto a la naturaleza jurídica de ciertos contratos, con las consecuencias procesales que ello comporta.
- Por su parte, en el ámbito extracontractual, la regla aplicable es que cuando los daños, irrogados de forma incidental o no querida, provienen de relaciones de derecho público, es decir cuando la Administración actúa en cuanto que sujeto público (o travestida de

⁴³ Debe tenerse presente que, en el ámbito contractual, se consideran contratos administrativos los señalados por la ley, celebrados por la Administración, mientras que los del sector público que no la integra son contratos privados, arts. 25 y 26 LCSP.

sector público institucional que no la integra *stricto sensu*), a través del ejercicio de las potestades de las que está investida, y existe una regulación sustantiva específica en el derecho administrativo, con sus especificidades (que, entre otras cosas, tendrá que fijar el estándar de funcionamiento de la Administración), no es posible reputarla en la actualidad como una responsabilidad extracontractual civil⁴⁴ o de derecho privado⁴⁵, por lo que el orden jurisdiccional «natural» es el contencioso-administrativo.

Esta distinción del orden jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento del conflicto resultante de la conducta de la Administración, en atención a la naturaleza de la relación jurídica de la que deriva, se incardina en los albores del derecho administrativo y del nacimiento del concepto de «acto administrativo», frente a la actuación de *iure privato* de la Administración, como presupuesto de la extensión «natural» del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que también acababa de nacer⁴⁶, distinguiendo así entre «acto administrativo» y «acto de la Administración», y se concreta singularmente en nuestro ámbito, la responsabilidad patrimonial en sentido amplio, en los actos separables de los contratos privados del sector público institucional. Es más, dentro del derecho comunitario, a la hora de determinar la competencia judicial internacional en el orden civil, y a efectos de estipular los oportunos fueros que justifican la conexión de un asunto con los tribunales de un Estado, no se deja de reconocer esta realidad, Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y se excluye de su aplicación, art. 1.1, «la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)». Una responsabilidad que puede ser contractual o extracontractual, art. 7.1.1. a) y 2.

Ahora bien, esta regla general de aforamiento (Administración y del sector público institucional) ante el Poder judicial, *ordo naturalis*, quiebra, inopinadamente, en el caso de la responsabilidad extracontractual, la RPA, como se va a insistir.

10. La injustificada excepción (sustantiva y procesal) de la responsabilidad extracontractual de derecho privado de la Administración (el espejismo o autosugestión de completitud de la RPA)

Frente a la regla señalada, la RPA, la responsabilidad patrimonial extracontractual (de la Administración y del sector público institucional), se presenta bajo el signo de la unidad: ya derive de relaciones de derecho público o de derecho privado ostenta, o al menos este es el relato oficial, un idéntico régimen de derecho sustantivo y, consiguientemente, un único aforamiento.

La unidad de fuero no es sino la manifestación externa de uno de los mayores defectos que, a nuestro criterio, arrastra desde sus orígenes la RPA: el convencimiento de que se estaba articulando la responsabilidad extracontractual de la Administración *in toto*. En efecto, cuando

⁴⁴ Acerca de esta cuestión y en que se llamó «civil», como la regulada en el CC por oposición a la «penal»; MEDINA ALCOZ, «Imputación objetiva y administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022, IV, 1., pp. 27-58, Afirmaciones mantenidas en los trabajos anteriores del mismo autor que se citan en estas páginas.

⁴⁵ Así, por ejemplo; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, 2019, p. 8.

⁴⁶ MARCOS MATÍAS, *Sobre el acto administrativo: historia y dogmática en España*, 2022, pp. 12-13.

se pergeño el art. 121 LEF, 1954, se implantó la autosugestión de dar a luz, ante la insuficiencia no solo de la responsabilidad extracontractual de la Administración, sino también de las carencias de la institución de la responsabilidad aquiliana, un sistema omnicomprensivo de la responsabilidad patrimonial (extracontractual) «civil» de la Administración, según unos principios propios al margen del art. 1902 CC que, es más, podrían incluso tomarse como punto de partida para superar las deficiencias de este último⁴⁷. No es casualidad que aún se mantenga la denominación de «sistema español de responsabilidad civil⁴⁸ de la Administración»⁴⁹. Ahora bien, frente a cualquier convencimiento íntimo del demiurgo de entonces, lo único cierto es que dicho sistema, pivotó exclusivamente sobre el concepto de servicio público, en sentido amplísimo y englobando cualquier acción de la Administración. Sin embargo, tal era el grado de autosugestión de completitud que cobró forma en el art. 3.c LJCA de 1956⁵⁰, que atribuía, imprecisa e inexactamente, a dicho orden jurisdiccional toda la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵¹, aunque el art. 41 LRJAE, 1957 (criticado por la doctrina administrativa, que también se oponía a la jurisprudencia de la Sala primera del TS que afirmaba su jurisdicción por razón del objeto cuando se trataba de la responsabilidad extracontractual de la Administración derivada de relaciones de derecho privado, además de proclamar la *vis attractiva* de dicho orden jurisdiccional⁵²), siguiendo *ad pedem litterae* el sistema diseñado por el legislador, corrigió la ensoñación y reafirmó la jurisdicción por razón del objeto de los tribunales ordinarios para conocer de la responsabilidad extracontractual de derecho privado (como un acto propio)⁵³.

Efectivamente, el espejismo de completitud originario se desvanece:

⁴⁷ MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, p. 121.

⁴⁸ Se insiste en que se llamó «civil», como la regulada en el CC, por oposición a la «penal»; MEDINA ALCOZ, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, IV, 1, 2022, pp. 27-58.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad patrimonial de la Administración», *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 17^a ed., 2022, Aranzadi, p. 360. Y así se sigue denominando en ocasiones, por esa influencia.

⁵⁰ «c) Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». Es cierto que el art. 133.1 del Decreto de Expropiación Forzosa, 26 de abril de 1957, dentro del cap. II «Otros daños», Tiv. IV «Indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños», se refería a ellos sin concretar su origen, pero no lo es menos que en ese mismo apartado los enmarcaba dentro de los previstos en los arts. 120 (las «consecuencias de -medidas adoptadas por- graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades») y 121 LEF (servicios públicos).

⁵¹ Debe recordarse que el art. 128 de la LEF atribuía al orden contencioso-administrativo «todos aquellos casos en que, con arreglo a esta Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios», esto es, exclusivamente: los supuestos de expropiación forzosa, los derivados de la prestación de servicios públicos, art. 121 LEF, y los resultantes de las medidas adoptadas por «graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades», art. 120 LEF.

⁵² Así, por ejemplo; GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pp. 373-375; MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, Núm. 150, Septiembre-diciembre 1999, pp. 346-371, explica que todo lo que no fuera una actividad regular y continua formalizada, no se entendía como «funcionamiento de los servicios públicos», lo que permitía a los tribunales civiles conocer del asunto.

⁵³ «Artículo cuarenta y uno. —Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los tribunales ordinarios.»

En el plano sustantivo, por la propia dicción literal de los preceptos que circunscribía la RPA a la resultante de la prestación de los servicios públicos. 121 LEF⁵⁴, 40 LRJAE de 1957⁵⁵, como luego se ha ido manteniendo en los textos posteriores, art. 139 LRJAP y PAC, y en la actualidad en el art. 106.2 CE y art. 32 LRJSP. De hecho, en el CP, art. 121, se insiste machaconamente en dicha realidad: «siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios...»⁵⁶. En definitiva, y en busca de la originalidad y superación del sistema de responsabilidad extracontractual, se reguló exclusivamente aquella responsabilidad centrada, además, en un criterio de imputación específico que resulta inaplicable en cualquier otro caso.

En el plano procesal, por la cristalina redacción del art. 41 LRJAE ya señalado, que ratificaba la literalidad de la LEF. Únicamente en el binomio 1998 y 1999 se produjo la unidad de fuero y régimen sustantivo. Así lo ratifica el legislador en la L 4/99, apartado VII expo. de motiv., que reforma ulteriormente el art. 144 de la L 30/92 e implanta la «unidad de régimen sustantivo» que hasta entonces no existía. Es más, en la propia expo. de motiv. de la LJCA el subconsciente traiciona al legislador cuando, en la misma frase que afirma que los principios de la RPA son de derecho público, añade, *a fortiori* «y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo», evitándose, además, con la unidad de fuero, la «dispersión de acciones». Si estuviésemos ante una institución de derecho público, con principios de esa clase, ¿cómo es posible que existiese una dispersión de acciones y que tuviera que resaltarse la exigencia de un procedimiento administrativo «único»?

Y para provocar esa unidad de régimen/fuero, el legislador obró, como se señaló, de forma inversa a la que dicta la lógica (de toda clase): primero tendría que haberse unificado el régimen sustantivo (aunque solo fuera formalmente); toda la RPA pasa a ser una responsabilidad de derecho público regulada en normas de tal naturaleza, de suerte que ya ni siquiera haría falta provocar una cobertura procesal específica en la LOPJ y LJCA, pues el propio *ordo naturalis* recogido en el art. 9.4 LOPJ derivaría toda la RPA al orden contencioso-administrativo. De hecho, provocar primero la unidad de fuero a pesar de que la responsabilidad de derecho privado se seguía rigiendo, a tenor de su naturaleza, por el art. 1902 CC, contravino la declaración de principios del legislador según la cual, «Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde», apartado II Expo. de motiv. L 29/98, LJCA, tal y como se había afirmado anteriormente en el apartado II de la Expos. de motiv. de la Ley reguladora de la Jurisdicción

⁵⁴ La propia expo. de motiv. de la LEF, apartado I, al justificar esta extravagante, pero oportuna, regulación de la RPA, aunque habla de la insuficiencia de la regulación del derecho de daños de la Administración, hace constar que su pretensión se ciñe a «abrir una brecha» en el mismo, limitándose a «recoger una serie de supuestos realmente importantes».

⁵⁵ Aunque en la expo. de motiv., apartado VIII, se proclamaba el deseo de generalizar la RPA, superando los límites de la LEF «parece oportuno consignarla en términos más generales, a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización». Pero al estar constreñida la RPA al servicio público, no existía otro remedio que reconocer el dualismo, art. 40.1 LRJAE, aunque consignando expresamente que en este caso también se estaba en presencia de un acto propio de la Administración, a la par que se confirmaba su aforamiento ante los tribunales ordinarios.

⁵⁶ Lo que, de hecho, suscita un problema evidente, por cuanto excluye aquella derivada de las relaciones de derecho privado.

contencioso-administrativa, L 27 de diciembre de 1956, «2) El texto legal configura la Jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo.».

Además, para tener una idea cabal de lo que significa este aforamiento de la Administración respecto del art. 24.2 CE, conviene tener presente que la dialéctica existente en los aforamientos entre la protección del funcionamiento de las instituciones (garantía objetiva) y el privilegio subjetivo inherente al mismo, se desequilibra habitualmente en favor del segundo, de ahí su superabundancia en el orden jurisdiccional penal. Ahora bien, los aforamientos existen, como tal privilegio, dentro de un mismo orden jurisdiccional: se altera la competencia objetiva, es decir, se modifica el tribunal que debe conocer en primer lugar o instancia de un asunto. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, el aforamiento adquiere una mayor intensidad, en tanto que la alteración acontece respecto del presupuesto procesal anterior del tribunal, la jurisdicción por razón del objeto: se sustraen a los tribunales civiles la responsabilidad extracontractual civil de la Administración y se la confiere al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por ese motivo, desdeñamos la posibilidad de mantener la jurisdicción por razón del objeto de los tribunales contencioso-administrativos cuando se trata de daños irrogados por la Administración en sus relaciones de derecho privado, incluso eliminando la exigencia de autotutela previa ante esta.

11. La dudosa existencia de un único régimen sustantivo de la RPA a pesar de la proclamación expresa del legislador

Al margen de la proclamación expresa del legislador, ¿de verdad existe un único régimen sustantivo en el caso de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, RPA? ¿Cómo es posible aplicar un régimen sustantivo específico previsto en normas de derecho público cuya verdadera especialidad o esencia es el criterio de imputación: la determinación de si existe el funcionamiento normal o anormal del servicio público entendido de forma amplísima (una teórica, aunque inexistente en la práctica, responsabilidad objetiva), a unos supuestos en los que no existe prestación de servicio público alguno o actuación de la Administración ejercitando una potestad?, ¿acaso para la determinación de la RPA derivada de relaciones de derecho privado los tribunales contencioso-administrativo aplican unos criterios diferentes a los que existen para la fijación de la responsabilidad civil extracontractual?, ¿cuáles son?..

Efectivamente, tanto en 1999, art. 144 L 30/92⁵⁷, como en 2015, art. 35 LRJSP, el legislador, realiza, para esta responsabilidad extracontractual de derecho privado, una remisión jurídica ontológicamente imposible: no se puede aplicar a esta responsabilidad lo dispuesto para aquella en que «la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», arts. 139.1 L 30/92 y 32.1 LRJSP. Esto es, el presupuesto esencial y no accidental, de la *fattispecie* que recoge la RPA es, lógicamente, el funcionamiento normal o anormal del servicio público, entendido en sentido amplísimo, que es el que se encuentra ausente en la RPA derivada de las relaciones de derecho privado, porque el resto de sus presupuestos, (la conducta, daño individualizado, evaluable económicamente, relación causalidad) no singulariza en nada a este

⁵⁷ «La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley.»

tipo de responsabilidad extracontractual ni es, en modo alguno, privativo de una responsabilidad de derecho público .

Es más, para corroborar la inexistencia real de la «unidad de régimen sustantivo» o mito del «totismo», basta reparar en que carece de todo sentido extender a la responsabilidad extracontractual de la actividad de la Administración sometida a derecho privado, como cualquier otro sujeto jurídico, el criterio de imputación formalmente estipulado para la responsabilidad derivada de la actividad prestacional: una responsabilidad extracontractual objetiva, por mucho que se haya intentado disfrazar dicha utopía, *infra* 12. Semejante planteamiento solo sería posible si se asumiera la leyenda, hoy en día completamente desautorizada, según la cual la Administración, dada su condición de integrante de uno de los poderes del Estado, debe garantizar en todo caso la integridad patrimonial del perjudicado; en la actualidad la premisa lógica es la contraria incluso cuando se trata de una actividad prestacional: si se actúa en aras del interés general, no existe, salvo las excepciones que expresamente se dispongan, el deber de indemnizar los daños irrogados por el funcionamiento normal del servicio público, *infra* 12.

Y es que resulta imposible en el plano lógico tratar de sostener que, a efectos de delimitar la situación jurídica de un sujeto y el criterio de imputación que debe soportar para responder de los daños irrogados por su conducta, resulta indiferente que esta se lleve a cabo en aras del interés público o, exclusivamente, del suyo propio. El vínculo jurídico existente entre un sujeto que obra investido de las correspondientes potestades públicas, por la posición de preeminencia que estas le otorgan y la correlativa de sujeción que imponen, y los restantes operadores jurídicos, es diferente al que existe en relaciones de igualdad o simétricas. De hecho, al pergeñar un sistema singular de responsabilidad extracontractual de la acción de la Administración, su fundamentación tiene que ser necesariamente diversa de la que regula la responsabilidad extracontractual de derecho privado: no cabe aplicar el modelo específicamente ideado para la responsabilidad extracontractual de un integrante de un poder público que irroga incidentalmente daños a terceros al actuar en aras del interés general, a aquel otro sujeto (incluido el poder público cuando no obra como tal) que perjudica a otros cuando actúa en interés propio o de un tercero, pero siempre tratándose de intereses particulares.

La realidad afirmada se constata con mayor evidencia cuando se repara en las otras responsabilidades patrimoniales de derecho público previstas por el legislador. Así, por ejemplo, si se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez que se suscita por el error judicial o el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, arts. 121 CE y 292 a 296 LOPJ, parece elemental que los criterios de imputación que hay que aplicar para dilucidar su existencia, difieren por completo de los que suscitan la responsabilidad extracontractual de derecho privado en la que puede incurrir dicho poder público en relaciones de esa clase, de suerte que es imposible sostener que existe una unidad de régimen sustantivo. Y otro tanto cabe decir de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador.

En definitiva, la libertad del legislador es muy amplia para diseñar el contenido y, consiguientemente, la naturaleza de las instituciones jurídicas, ahora bien, su albedrío se ve condicionado por sus propias decisiones. No es, sin embargo, un taumaturgo o un alquimista que pueda alterar el contenido o la esencia de la realidad jurídica que ha pergeñado a través de una mera declaración de intenciones, como si estuviera formulando un conjuro.

El discurso elaborado se corrobora cuando se repara en que, según se ha explicado, la responsabilidad extracontractual de derecho privado del sector público institucional (trasunto privado de la Administración) no se incluye en la RPA si no existe actividad prestacional o ejercicio de potestad, *supra* 7.

Por otra parte, tampoco el otro elemento que señalaba el legislador para extender la jurisdicción por razón del objeto del orden contencioso-administrativo, evitar la dispersión de acciones, ostenta verdadera fuerza: no parece que, a estas alturas, resulte muy dudoso determinar si se está ante la prestación de un servicio público (aunque sea en sentido amplísimo). De hecho, y paradójicamente, las dudas seguirán existiendo, como se acaba de indicar, cuando se trata del sector público institucional que no integra la Administración, para dilucidar si se trata de la RPA o de la responsabilidad civil extracontractual. Y más discutible aún, con importantes consecuencias procesales (jurisdicción por razón del objeto⁵⁸), puede resultar precisar si estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual⁵⁹.

De esta manera, al fin y a la postre, *de facto*, lo único que tienen en común (además de todos los elementos compartidos por cualquier clase de responsabilidad extracontractual, de derecho privado o público) la responsabilidad de derecho privado y la resultante de la prestación de un servicio público de la Administración (en sentido amplio), son dos elementos. El primero es que se trata, en buena lógica, de una responsabilidad por acto propio y, consiguientemente, directa, *infra* 13. Una realidad que, como se ha hecho notar, data de mediados del siglo pasado. Y el segundo es, desde 1992 *supra* 4, uno de los elementos señalados por el legislador en 1998, LJCA: la exigencia de un procedimiento administrativo, la autotutela obligatoria previa a la vía jurisdiccional. Esta canonjía de la Administración, cuando la responsabilidad extracontractual deriva de sus relaciones de derecho privado, queda especialmente al descubierto cuando se repara en que desde 2015 está suprimida en el ámbito civil la necesidad de la reclamación administrativa previa⁶⁰ o el deber de agotar la vía administrativa, salvo supuestos excepcionálisismos que poco

⁵⁸ Piénsese por ejemplo en una variación de uno de los ejemplos enunciados *infra*: el perjudicado por el mal estado de los elementos comunes y que padece una caída en la entrada del edificio es un arrendatario de la Administración, titular de la propiedad del inmueble (puede discutirse si la obligación de reparar los daños acaecidos en las zonas comunes deriva del contrato de alquiler o del título de propiedad), o la agresión padecida en el metro de una ciudad, o la caída sufrida en dicho lugar. ¿Qué sucede si el tribunal contencioso-administrativo entiende al final que estamos ante una responsabilidad contractual de derecho privado?, porque el art. 9.4 LOPI y la propia regulación de la LCSP, *supra*, vetaría entrar en el fondo, sin que fuera de aplicación la recurrente teoría de la «unidad de la culpa».

⁵⁹ Así, por ejemplo, sobre las confusas zonas mixtas, la yuxtaposición de culpas, los límites de la teoría de la unidad de culpa..., en la jurisprudencia; SERRA RODRÍGUEZ, «La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (dirs.), *Derecho de daños*, T. I, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 77 ss.

⁶⁰ Hasta la reforma de la Ley 4/99, el referido art. 144 L 30/92 imponía, cuando se trataba de responsabilidad de derecho privado, la autotutela (el procedimiento de responsabilidad patrimonial, art. 142 – o el procedimiento abreviado, art. 143–), antes de acudir a los tribunales civiles como una especialidad de la reclamación administrativa previa que se exigía antes de acudir a los órdenes civil y laboral, arts. 120 a 126 L 30/92, que desapareció en la L 39/2015 por la «escasa utilidad práctica que aportaban (las reclamaciones previas civiles y laborales) a los administrados», Exposición de Motivos, L 39/2015. La reclamación previa sigue exigiéndose, sin embargo, cuando se trata de demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social en el ámbito laboral, art. 71 LJS, además de que en dicha esfera también se exige agotar la vía administrativa, cuando ello es necesario, art. 69 LJS, con las excepciones previstas en el art. 70 LJS; SÁNCHEZ PÉREZ, «Agotamiento de la vía administrativa previa a la jurisdicción social, tras la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones Pública», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel, mayo 2017), núm. 45.

tienen que ver con el que nos ocupa (como sucede, por ejemplo, con la novedosa atribución al orden civil de la impugnación de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas, arts. 82.2.3, 82 bis.3 LOPJ, arts. 52.13º bis, 249.1.4º, 250.3, 447 bis LEC⁶¹, a resultas de la LO 7/22, y art. 477.1 LEC según RD 6/2023, en las que se impugna el contenido de un acto administrativo -aunque relativo a una cuestión mercantil-), pues incluso en otras hipótesis, en las también el contenido de la pretensión se enfrenta al contenido de un acto administrativo, se desdeña específicamente aquella necesidad como sucede, por ejemplo, con la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, arts. 748.7º y 780.1 LEC.

12. La afinidad entre la RPA (derivada de un servicio público) y la responsabilidad extracontractual de derecho privado

Cualquier pretensión de que el sistema de RPA viniera a superar las deficiencias del sistema de responsabilidad civil extracontractual ha sido desvirtuada por la práctica: al final, la afinidad entre ambos modelos es muy grande: siguen anclados en la culpa/funcionamiento anormal, correspondiendo al demandante probar su existencia, y solo en ciertas hipótesis puntuales (riesgo/beneficio) existe una responsabilidad objetiva o quasi objetiva (inversión carga de la prueba)⁶². Así, la pretensión de originalidad y diferenciación de la RPA, frente al resto de los países de nuestro entorno, comporta una formulación exorbitante, pues se instaura desde 1954 como criterio de imputación tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos (es cierto que el plano constitucional, afortunadamente permanece neutro, art. 106.2 CE⁶³, *supra* 6, pero no lo es menos que, en contraposición, el art. 121 CE solo contempla el anormal funcionamiento, así como el error, del poder judicial). Se implanta así un sistema

De hecho, e incluso tratándose de una acción de la Administración, en ocasiones es difícil determinar si estamos en presencia de una responsabilidad contractual o extracontractual; STS 1555/2021, Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2021:4932), FD quinto.

⁶¹ MASSAGUER FUENTES, «La impugnación en vía civil de las resoluciones definitivas de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial. Aspectos jurisdiccionales y procesales», *InDret 2.2023*, pp. 101-154.

⁶² STS 765/2022, Contencioso, de 03 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:765), FD Primero A, «Pese al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo, que le aproxima a la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil, y el parámetro de comprobación es el "incumplimiento de la *lex artis ad hoc*".

⁶³ Lo que no empece a que el TC insista, como ya había afirmado anteriormente, aunque no tan taxativamente, por ejemplo; STC (Sala Segunda) 15/2016, de 1 de febrero (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016), FJ3, en el carácter objetivo; STC (Pleno) 112/2018, Pleno, de 17 de octubre, (BOE) núm. 280, de 20 de noviembre de 2018), FJ 5, aunque la interpretación concreta que realiza (en este caso respecto de la DA 7, Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, RDL 6/2015), FJ 6, permite acoger con reservas dicha afirmación; TRIANA REYES, «Recientes consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la responsabilidad patrimonial de la administración», *Actualidad Administrativa*, Nº 12, Sección Actualidad / En la práctica, diciembre 2018; MIR PUIGPELAT, *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 29-47.

Y en la STC (Pleno) 79/2019, de 5 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2019), FJ 6, el TC, al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra una norma autonómica, matiza la objetividad a través de la exigencia de la relación de causalidad; para un análisis jurisprudencial; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, 2022, pp. 75 ss.

objetivo, ajeno a la culpa, aunque ello se intenta justificar de una⁶⁴ u otra manera⁶⁵, que, evidentemente, por resultar irrealizable, la jurisprudencia ha tenido que delimitar⁶⁶.

Lo que realmente singulariza la responsabilidad «pública» contemplada en el art. 106.2 CE es que la Administración cuando causa el daño al prestar un servicio público o actúa como integrante de un poder público, aunque obra en beneficio propio, lo hace en aras de un interés general especialmente intenso por cumplir aquella finalidad (algo que no sucede, como se ha señalado, cuando se trata de la responsabilidad extracontractual de derecho privado⁶⁷), por lo que en presencia de un funcionamiento normal no existe el deber de reparar los daños como regla

⁶⁴ Afirmar que la novedad estriba en centrarse en el concepto de daño que no existe el deber jurídico de soportar es un *flatus vocis* porque, a su vez, debe rellenarse con las categorías tradicionales: anormalidad/culpa, riesgo.... La tesis prevalente es que en el nuevo sistema la culpa constituye un título más de imputación, en paridad junto al riesgo específico, sacrificio especial o incumplimiento, por lo que no hace falta una previsión específica para que pueda existir responsabilidad sin culpa, aunque se reconoce que en la práctica es el más extendido; MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, pp. 119 ss.; EL MISMO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. (II). Elementos. Factores de exoneración», en CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, t. IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, 2009, pp. 94 ss. Y, con idéntico sentido, EL MISMO, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, IV, 1, 2022, pp. 27-58, se viene defendiendo que el demiurgo del sistema no pergeñó una responsabilidad objetiva, sino otra policéntrica o poligenética, en el que la culpa es la causa de imputación más habitual sin excluir otros.

⁶⁵ Así, por ejemplo; LEGUINA VILLA, «Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado», *La responsabilidad patrimonial del Estado*, INAP, México, 2000, pp. 10-12. El progenitor del sistema insiste en que el carácter objetivo debe ser entendido rectamente: lo que se hace es trasladar al perjudicado la carga de alegar y demostrar que no tiene el deber jurídico de soportar el daño; GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, pp. 373 ss. Ahora bien, frente a este rasgo presuntamente diferenciador, debe recordarse que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual durante mucho tiempo se extendió la idea de su carácter quasi objetivo, esto es, que la carga de la inexistencia de la culpa (el deber de demostrar la debida diligencia empleada) correspondía al demandado, al autor del daño, por haber generado el riesgo; corriente superada ya que esa «inversión de la carga de la prueba», art. 217 LEC, en la actualidad solo opera en los supuestos de actividades anormal o especialmente peligrosas, o *ex lege*, como sucede con los consumidores, art. 147 LGDCU, aunque el tribunal, presunción judicial, pueda realizar una inferencia de culpa si son resultados que típicamente (máxima de experiencia) se producen y no existe una explicación causal de los mismos por el demandado, art. 386 LEC; STS 1161/2016, Civil, de 18/03 (ECLI: ES:TS:2016:1161), FD Quinto. Sobre la evolución del «derecho de daños» y la regulación de la UE al respecto; MONTES RODRÍGUEZ, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Cuestiones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (dirs.), *Derecho de daños*, T. I, 2021, pp. 15 ss. Acerca de la posibilidad de compaginar un régimen de responsabilidad subjetivo, como regla general, y mantener otro objetivo cuando se trata de ejercer potestades administrativas singularmente peligrosas; DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010, pp. 217-229.

⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994, pp. 239-253. Sobre la superación del «dogma de la objetividad», doctrinal y jurisprudencialmente (aunque esta lo proclame formalmente); MIR PUIGPELAT, *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 29-47. En el mismo sentido, su irreabilidad dogmática-práctica, calificándola como uno de los ejemplos de teoría jurídica defectuosa; DOMÉNECH PASCUAL, «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret*, 1.2004, pp. 391-393. Pueden verse las numerosas críticas doctrinales a este presunto carácter objetivo de la RPA, ya que la jurisprudencia condena en supuestos de funcionamiento anormal, salvo los daños causados en materia de seguridad ciudadana, de la RPA en TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, 2013; CHECA GONZÁLEZ, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad*, Número 2, abril-junio 2021, pp. 41-50; DE AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, pp.55-152, tras analizar las diferentes posturas y las críticas formuladas, sostiene que la RPA se funda en la justicia comutativa (no es un sistema de cobertura de riesgos, ni está fundado en la seguridad social), de suerte que no habría que indemnizar todo daño, sino exclusivamente derechos o intereses jurídicamente protegidos.

⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994, p. 244.

general aunque, en ocasiones muy singulares pueda sancionarse que el daño irrogado no existe el deber de soportarlo⁶⁸. De ahí, la remisión del art. 32.1 LRJSP «daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley», superando la previsión del art. 139.1 LRJAP y PAC. Y, además, corresponde al derecho público delimitar el criterio de imputación esencial: lo que se entiende por funcionamiento anormal mediante la fijación de los estándares de funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de la Administración ejercitando la oportuna potestad⁶⁹.

No hay mejor colofón a la tesis sostenida que exemplificarla: a tenor del blindaje sustantivo y procesal de la Administración que se ha descrito, cuando se reclama su responsabilidad extracontractual, RPA, derivada de relaciones de derecho privado, ¿quién resulta beneficiado?, ¿el ciudadano, art. 106.2 CE?, ¿o la Administración? En definitiva, si, por ejemplo un ciudadano, no arrendatario, dentro de un inmueble propiedad de la Administración destinado al alquiler de vivienda a particulares, sin que exista la prestación de servicio público alguno (no se protege a ningún colectivo especialmente necesitado...), padece un daño como consecuencia del inadecuado mantenimiento de los elementos comunes de dicha finca urbana, e.g., tropieza con un socavón⁷⁰, o bien si el dueño de un inmueble sufre los daños originados por un incendio en un predio contiguo de la Administración que no está dedicado a servicio público alguno, ante la situación de descuido de aquel, ¿es lógico y ventajoso para el acudir a la vía administrativa y con posterioridad, casi con seguridad, al orden contencioso-administrativo cuando no hay que dilucidar nada respecto a funcionamiento «normal o anormal» de un servicio público, o del obrar de la Administración ejercitando una potestad?, ¿o preferirá, por serle más beneficioso, acudir directamente al orden jurisdiccional civil, sin necesidad de intentar un MASC?; ¿a quién beneficia este aforamiento?; ¿el régimen sustantivo (el criterio de imputación) de esa responsabilidad es el mismo que si se trata de la prestación de un servicio público (entendido en sentido amplio)?; ¿esta imposición de unidad formal de régimen sustantivo, que comporta autotutela y aforamiento, deriva de la garantía del ciudadano contenida en el art. 106.2 CE en cuanto que concreción singular del art. 9.3 CE?... Idénticas preguntas cabe formular frente al hecho de que el perjudicado, el ciudadano, no pueda reclamar a quien es el autor material de la conducta, el personal al servicio de la Administración, *infra* 13... Y así, hasta el intento del legislador en leyes administrativas de obligarlo a acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para

⁶⁸ Diferentes son los supuestos en los que se establecen compensaciones al limitar el derecho de propiedad por un uso social, art. 32.2 CE; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 37-90.

⁶⁹ MIR PUIGPELAT, *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 43 ss., a lo que añade la posibilidad de que en ciertos supuestos se estipule la inversión de la carga de la prueba, p. 45. Se intenta establecer unos estándares de servicio; sobre la influencia del derecho anglosajón a este respecto; MORATE MARTÍN, «La influencia del Derecho Anglosajón en la responsabilidad patrimonial administrativa en España», en PASTOR RUIZ/ORTEGA BURGOS (dirs.), *Derecho Administrativo* 2021, pp. 145 ss.; sobre los estándares y la problemática de su fijación (seguridad e igualdad); CARAZA CRISTÍN, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, 2016, pp. 300 ss.

⁷⁰ En la STSJ de Galicia 447/2021, Sala de lo Contencioso-administrativo, 19 noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2021:7182), se analiza un supuesto muy parecido al ejemplo: una vecina, de 93 años, inquilina de una vivienda de un inmueble de la Administración, que en las primeras plantas sí está destinado a oficinas públicas, se ve privada del ascensor (daño continuado). Por eso, FD cuarto, aunque se reconoce la naturaleza privada de la relación jurídica, por aplicación del art. 35 LRJSP, se realiza una remisión formal al régimen público de la RPA y no al art. 1902 CC, en principio objetiva, aun cuando una lectura de la fundamentación realizada demuestra que no existe diferencia alguna con la aplicación del régimen de responsabilidad civil extracontractual civil, que es el empleado *de facto*.

demandar exclusivamente a un sujeto de derecho privado que no depende de la Administración, su aseguradora, sin conducta ni expediente administrativo previo, a efectos de hacer valer una acción de naturaleza privada, la resultante, eficacia *ex lege* frente a terceros como excepción al principio de relatividad de los vínculos obligacionales⁷¹, de un contrato de derecho privado, la acción directa resultante del contrato de seguro, ¿acaso no preferirá el perjudicado hacer valer su pretensión ante el orden jurisdiccional que realmente corresponde según la naturaleza de la acción ejercitada, mucho más ágil (sin necesidad de acudir a un MASC cuando «una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público», art. 3.2 LO 1/2025), y que garantiza con más intensidad la inmediación resultante de la oralidad, aunque se haya visto notablemente mermada en el juicio verbal, art. 438.10 LEC en la nueva redacción otorgada por la LO 1/2025⁷²? Por no hablar de la mayor o menor generosidad de los tribunales de uno u otro orden a la hora de indemnizar, a lo que hay que sumar el carácter más restrictivo del criterio de interrupción de la prescripción en el orden contencioso-administrativo, art. 67 L 39/2015; STS 894/2022, Contencioso-administrativo, de 30 jun. 2022, Sección 5^a (ECLI:ES:TS:2022:2722)⁷³, frente al art. 1973 CC ¿Por qué ha de obligársele a demandar también a la aseguradora de la Administración cuando impetrata la RPA en el orden contencioso-administrativo?

13. La conducta que origina el daño es tanto un acto propio de la Administración como del personal a su servicio (la eficacia directa de los derechos fundamentales y el juego «natural» del art. 1902 CC respecto del personal al servicio de la Administración)

Uno de los mayores logros de la doctrina administrativa que implantó el sistema de la RPA fue la de asumir y plasmar legalmente la teoría del acto propio: la conducta que provoca el daño no deja de integrar el obrar propio de la persona jurídica, la Administración. Una realidad que, por exigencias de la lógica, se aplica a toda su conducta: existe o no actividad prestacional. Se superaba así la deficiencia de la exégesis de la redacción originaria del art. 1903.V CC, contraria a su literalidad⁷⁴. De hecho, como es notorio, la mayor expansión de dicha doctrina acontece con la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2010, LO 5/2010 reforma CP,

⁷¹ Específicamente sobre las «acciones directas» (entre ellas, y principalmente, la del contrato de seguro) como una excepción al principio de relatividad; LÓPEZ RICHART, «*El contrato a favor de tercero*», 2001, pp. 256-267, aunque se explican sus diferencias con el contrato a favor de tercero previsto en el art. 1257 CC. Sobre las excepciones jurisprudenciales actuales, tercero cualificado y no *penitus extranei*, al juego del art. 1257 CC; AYALA CANALES, «La relativa relatividad de los contratos», *Legal Today*.

⁷² De hecho, debido a la desconfianza en el sistema de RPA se señala que se prefiere reclamar, en los supuestos genuinos de RPA, directamente a la aseguradora, por la lentitud, congestión..., del orden contencioso-administrativo; SERRANO GALLARDO, «La responsabilidad patrimonial de la administración en los accidentes de tráfico», en VIDALES RODRÍGUEZ/MERA REDONDO (coords.) *Seguridad Vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 415 ss.

⁷³ Se fija la doctrina: «(I) la interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria. (II) la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción mediante su presentación al amparo del artículo 1973 del Código Civil no puede determinar dicha interrupción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la asistencia sanitaria, al no ser acción idónea para ello.»

⁷⁴ «(...) pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.»: si la Administración respondía por hecho ajeno cuando se trataba de un agente especial, en el resto de los supuestos debía hacerlo como un acto propio, según el artículo 1902 CC.

que, por su propia condición, no puede dejar de ser una responsabilidad por acto propio (principio de responsabilidad por hecho propio)⁷⁵. No es momento para analizar las consecuencias jurídicas de dicha premisa: de la misma forma que se aplica a la Administración o a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debería también expandirse a la responsabilidad civil de los restantes sujetos de tal condición, de suerte que ya no existiría una responsabilidad por hecho ajeno o vicarial, en esos supuestos, art. 1903.V CC, a la par que demuestra la inexactitud del art. 121 CP, que impone la exigencia de responsabilidad subsidiaria de la Administración, algo incompatible con la condición de un acto propio.

Pero, como también es notorio, reconocer que la conducta en cuestión es un acto propio de la Administración, no excluye que también lo sea del personal a su servicio (autor material)⁷⁶. De la misma manera que, como se acaba de señalar, cuando se exige la responsabilidad penal a la persona jurídica y a la persona física que la integra y es la autora material de la conducta, también se puede impear, como un hecho o conducta propia de cada una, la respectiva responsabilidad civil, art. 116.1 CP⁷⁷, sin que sea posible la duplicitud indemnizatoria o enriquecimiento injusto

⁷⁵ La tesis mayoritaria es la señalada; acerca de las discrepancias existentes sobre si la responsabilidad penal de las personas jurídicas es autorresponsabilidad (injusto propio) o heterorresponsabilidad (vicarial o indirecta), tesis esta última defendida por la FGE, Circulares 1/2011 y 1/2016, a pesar del preámbulo de la LO 1/2015; PASCUAL SUAÑA, *Defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español (especial referencia a los informes periciales de Compliance)*, 2024, pp. 30-79.

⁷⁶ El hecho de que la conducta que origina el daño sea una conducta propia de la Administración resulta decisivo también para la posible acción de regreso o repetición de la aseguradora contra aquella, art. 76 LCS.

⁷⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES/ALMODÓVAR PUIG, «La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento», *Indret*, 3.2022, pp. 119 ss. Suscitan, además, la interesante cuestión de si la existencia del *compliance* debería eximir de la responsabilidad civil (subsidiaria), art. 120 CP. En el caso de la Administración, como se ha señalado, este discurso solo sería aplicable al sector público institucional que no la integra, la sociedad mercantil pública (la única sometida a responsabilidad penal, art. 31 quinque 2 CP). La premisa, junto con otros argumentos de apoyo, es que si aquella sirve para lo más, la exención de la responsabilidad penal (y la responsabilidad civil directa por hecho propio, art. 116.1 CP), debería también funcionar para lo «menos», la responsabilidad civil subsidiaria. Ahora bien, dicho punto de partida ha de tomarse con extremo cuidado: que lo idóneo para lo «más» se aplique a lo «menos», solo es posible cuando los dos extremos (lo «más» y lo «menos») comparten idéntica naturaleza. En nuestro caso, y como es notorio, la responsabilidad penal y la civil tienen una entidad jurídica diferente: no se trata de una mera gradación de la gravedad de la conducta. Por eso, pueden darse aisladamente: responsabilidad penal sin daños que reparar, conductas negligentes que incurren en daños no tipificadas (por diferentes motivos por el legislador)... Y ello porque el fundamento o *ratio essendi* de cada una es diferente: en un caso se trata de reparar el daño ocasionado, y en otro del ejercicio del *ius puniendi*, con diferentes finalidades, art. 25.2 CE, del Estado. Sí tendría aplicación, aunque no tan automáticamente como se propone (porque pueden estar en liza bienes jurídicos diferentes o bien porque el legislador puede entender que un elemento del tipo o una causa de exención puede existir únicamente en el caso de la responsabilidad más grave y no en la de menor entidad...), cuando se trata de la responsabilidad administrativa y la penal, ambas manifestaciones del *ius puniendi* estatal, art. 25 CE.

En el supuesto que examinamos lo que sucede es esto: cuando la existencia del *compliance* impide (por desaparecer un elemento del tipo, tesis mayoritaria, art. 31 bis CP) la exigencia de la responsabilidad penal, no está extinguiendo la responsabilidad civil «directa» de la persona jurídica (por hecho propio del CP, art. 116.1 CP), sino que, como la jurisdicción por razón del objeto del tribunal penal para conocer de la responsabilidad civil es, como regla general, *secundum eventum litis*, simplemente aquel no puede decidir sobre ella: al perjudicado solo le resta la posibilidad de exigir en el proceso penal la responsabilidad civil subsidiaria, art. 120 CP, por hecho ajeno (si el empleado o directivo es condenado). De hecho, cuando se exige responsabilidad penal a la persona física y a la jurídica, lo lógico es que exista una acumulación eventual de acciones civiles frente a esta: la directa si es condenada por el delito y, eventualmente, la subsidiaria por si es absuelta y se condena a la persona física. Además, si no existe condena en el proceso penal, el perjudicado o la víctima civil que se hubiera reservado la acción civil podrá hacerla valer contra la persona jurídica y exigir su responsabilidad civil directa pero vicarial, art. 1903 CC (eximible si existe la debida diligencia). En caso contrario, si se ha declarado la responsabilidad penal de la persona física y hubo reserva, la acción civil que se ejercitará ante el orden jurisdiccional es la acción civil *ex delicto*, art. 120.4^a CP: porque la incertidumbre inicial que provocaba un aparente concurso de acciones (responsabilidad

en la ejecución de dichos títulos (como recuerda el art. 121 CP cuando se trata de la responsabilidad civil extracontractual subsidiaria de la Administración y la posible exigencia de RPA). Consiguientemente, la responsabilidad de los daños irrogados se podía exigir como un acto propio, tanto al personal al servicio de la Administración como a esta. Como se comprenderá, ello suscitaba un problema al blindaje de la Administración respecto de la RPA, pues la primera se impetraba ante el orden civil, lo que implicaba, por identidad de los hechos, pronunciarse sobre la RPA, además de que en los supuestos de acumulación de acciones se podía abrir la puerta a dicho orden, aunque, formalmente, el tribunal civil carecería de la jurisdicción por razón del objeto para conocer de la RPA, art. 73.1.1º LEC. En cualquier caso, el pronunciamiento del

«pura» o responsabilidad *ex delicto*) ya ha desaparecido; se ha proclamado la existencia del delito y la responsabilidad civil vicarial es la del CP (salvo en el caso del proceso de menores en el que el legislador impone incongruentemente, si existe reserva, en cualquier caso el ejercicio de la responsabilidad civil «pura», art. 61 Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor, LO 5/2000). La única excepción se encuentra, *ex lege*, precisamente en el supuesto que nos ocupa: la RPA, art. 121 CP.: por expresa disposición del legislador ambas acciones son compatibles, existiendo una notable diferencia entre ambas: en un caso se trata de una responsabilidad extracontractual por hecho propio (RPA), art. 106.2 CE, mientras que la civil *ex delicto* resulta por hecho ajeno.

Ahora bien, ahora sí que se manifiesta la paradoja inicial: el *compliance* puede ser idóneo (demuestra la debida diligencia) para impedir la concurrencia de la responsabilidad civil «pura» y «directa» del art. 1903 CC (cuando no existe proceso penal o este termina sin condena), pero no exime de la responsabilidad civil *ex delicto* subsidiaria del CP, art. 120 CP que, salvo la prevista en el núm. 1, es objetiva. Se trata, además, de dos responsabilidades civiles vicariales, por hecho ajeno. ¿Cómo es posible que el *compliance* impida la concurrencia de lo «más», la responsabilidad civil directa, pero no de lo «menos», la subsidiaria, tratándose de dos responsabilidades extracontractuales que comparten la misma naturaleza por ostentar idéntico fundamento?

La respuesta se encuentra en la dual regulación sustantiva de la responsabilidad civil extracontractual, la «pura» y la *ex delicto*, que trae causa de razones históricas: sí, se trata de dos responsabilidades de idéntica naturaleza pero que, en ocasiones, presentan diferente contenido, no siempre lógico, por decisión del legislador, como se ha hecho notar: uno de los más significativos es la previsión del art. 121 CP (responsabilidad civil subsidiaria de la Administración) derivada de la posibilidad de impetrar responsabilidad civil *ex delicto* al personal al servicio de la Administración, mientras que ello es imposible si se trata de la responsabilidad pura» o aquiliana. Y otra, muy significativa, es la diferente regulación de la responsabilidad vicarial: arts. 1903 CC y 120 CP: cuando no hay delito es directa pero eludible demostrando la debida diligencia, mientras que si existe delito es subsidiaria, salvo en el caso de los curadores con facultades plenas de representación que viven con el representado, objetiva (además, en el caso de los menores, la responsabilidad *ex delicto* de los padres, tutores, es solidaria aunque moderable si no existe culpa grave, art. 61 LORPM). En definitiva, guste o no, existe una doble regulación de un mismo instituto con importantes disonancias, por cuanto no cumple la regla general: que si existe delito estaría justificada una responsabilidad extracontractual más severa (el deber de reparar los daños a la víctima civil y otros perjudicados podría ser más exigente: lo que explica la criticada ejecución de oficio y la declaración jurisprudencial de su imprescriptibilidad); una regla que sí se cumple, por un lado, en el caso de la responsabilidad civil *ex delicto* de la persona jurídica: es objetiva, cuando la del art. 1903 CC es eludible demostrando la diligencia debida (inversión de la carga de la prueba), mientras que por el otro no: es subsidiaria frente a la responsabilidad civil «pura», directa. Mas esta es, hasta que se unifique o se mantenga una doble regulación sin disonancias, la realidad jurídica existente. Por eso, el cabal entendimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* comporta asumir que la existencia del delito además de permitir al tribunal penal conocer de la misma, también conlleva el ejercicio de una acción con contenido (al margen del diferente plazo de prescripción), en ocasiones, diferente a la «pura». Y por ello es factible jurídicamente, e incluso adecuado a la lógica, que el régimen de la responsabilidad civil *ex delicto* vicarial resulte más oneroso que el previsto en el CC y que el *compliance* no excluya la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica.

Ahora bien, la verdadera contradicción se encuentra en la doble consideración de la misma conducta como un hecho propio de la persona jurídica que origina su responsabilidad, tanto penal como civil, arts. 31 bis y 116.1 CP, a la par que, en el mismo texto normativo, art. 120.4º CP, así como en el CC, art. 1903, se reputa como una responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno. A ello se suma la anunciada contradicción de reputar a la responsabilidad extracontractual de la Administración civil como vicarial, art. 121 CC, mientras que, a efectos, de la RPA es una responsabilidad por hecho propio. De *lege ferenda* convendría en todos estos casos asumir que se trata de responsabilidades extracontractuales por hecho propio, y, siempre que se desee mantener una diferenciación entre la responsabilidad *ex delicto* y la «pura» o la RPA, habría que agravar la primera o, al menos, no rebajarla: responsabilidad directa por hecho propio de la persona jurídica; responsabilidad directa por hecho propio de la Administración.

tribunal civil sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, por mor del principio de audiencia, art. 24.1 CE, carecería de eficacia de cosa juzgada respecto de aquella, pero sí ostentaría una eficacia refleja procesal especialmente intensa que habría que combatir en un pleito ulterior⁷⁸. Por ello, no puede sorprender que cuando se implantó el blindaje sustantivo/procesal, 1998/99, en lugar de estipular la acumulación del litisconsorcio voluntario ante el orden contencioso-administrativo, por las razones señaladas *supra* 6, se suprimió (o, al menos, se intentó) la acción del perjudicado frente al personal al servicio de la Administración. No dudamos de la intención del legislador. El problema es la forma elegida para cercenar dicha posibilidad: simplemente se eliminó la mención a la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración en la LRJAP y PAC, además de derogar la Ley de 5 de abril de 1904, «Gaceta de Madrid» núm. 97, de 6 de abril de 1904, (desarrollada por RD 23 septiembre 1904), que estipulaba trasnochadas especialidades⁷⁹, pero clarificadoras, cuando se exigía dicha responsabilidad y que solo pretendía reforzar la protección del perjudicado frente a la «inmunidad» de la Administración por los daños irrogados. Se ignora así que la fuente de la responsabilidad extracontractual del personal al servicio de la Administración frente al perjudicado, por un acto propio, se encuentra, naturalmente, en dos planos diferentes del ordenamiento jurídico, que entran en escena de forma automática sin necesidad de previsión alguna específica. De hecho, por el contrario, se precisa de una actuación singular expresa del legislador para yugular dicha posibilidad. En primer lugar, y como se explicó *supra* 6, si estuviera en liza el contenido de un derecho fundamental (entendido este en sentido amplio, sin circunscribirlo a la protección en amparo), como el derecho a la integridad física o moral, art. 15 CE, el honor, art. 18.1 CE..., o incluso la propiedad, art. 33.1 CE, acontecería la eficacia directa *inter privatos* de estos, obligando a reparar el daño. Además, en segundo lugar, en el plano de legalidad, y con un contenido mucho más amplio, el art. 1902 CC cobija un principio general del derecho, *alterum non laedere*, que se activa automáticamente cuando se cumple su presupuesto: la existencia de un daño irrogado por culpa o negligencia que no existe el deber jurídico de soportar. En definitiva, el origen de la acción «civil» frente al personal al servicio de la Administración, no es una previsión contenida en una norma administrativa (de la misma manera, lógicamente, que la responsabilidad penal de aquel personal no surge de una previsión de la LRJAP y PAC o de la LRJSP...). Y, por el mismo motivo, la posibilidad de exigir la responsabilidad civil *ex delicto* del personal al servicio de la Administración no nace de lo dispuesto en el art. 37.1 LRJSP, sino, además de la eficacia directa de los derechos fundamentales, de los arts. 1089, 1092 CC, y singularmente de los arts. 109.1 y 116.1 CP, trasuntos, por razones históricas, del art. 1902 CC. Reputar lo contrario, que la exigencia de responsabilidad civil «pura» o *ex delicto*, cuando se trata del personal al servicio de la Administración, precisa de una previsión específica en normas de derecho administrativo, vuelve a poner al descubierto una perspectiva administrativo-centrista, asumida más que discutiblemente por el TC⁸⁰, y que se traduce en el

⁷⁸ Son los mismos argumentos expuestos al incidir en la eficacia procesal frente a la Administración de la sentencia del tribunal civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora, *supra* 4.

⁷⁹ La Ley estipulaba la necesidad de que se hubiese infringido un precepto legal, «cuya observancia les haya sido reclamada por escrito», art. 1, tramitación a través de los incidentes, art. 3, los aforamientos (incluso ante el Senado, arts. 4 a 6, la posibilidad de casación (salvo las sentencias del Senado), art. 7, la competencia funcional para la ejecución, art. 9, la ausencia de la necesidad de postulación, art. 12, especialidades en la condena en costas, art. 13...

⁸⁰ STC (Sala Segunda) 15/2016, de 1 de febrero, (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016). Los tres magistrados de origen judicial de la Sala Segunda provenían del orden contencioso-administrativo. En cualquier caso, el FJ 3 incurre, además, en un error de gran calado procesal: se rechaza la intervención adhesiva simple, coadyuvante, del personal al servicio de la Administración en el proceso de RPA, por falta de legitimación, art. 24.1 CE, con el argumento, simplista, de que el fallo no provocará eficacia prejudicial positiva en la acción de regreso,

espejismo o autosugestión de completitud que hemos denunciado (todo lo que atañe directa o indirectamente a la RPA nace y se origina a partir de la normativa administrativa, gozando de esta naturaleza).

Evidentemente, el que la conducta que origina el daño sea tanto un acto propio de la Administración como del personal a su servicio, que habilita, por el juego natural de las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de impetrar la responsabilidad extracontractual a los dos, originando una solidaridad (no estamos, consiguientemente, ante un derecho de opción habilitado expresamente por el legislador, sino ante el *ius eligendi* propio de aquella) singular frente al perjudicado (porque la relación *ad intra* de los deudores es muy especial, en tanto que existe el derecho/deber de repetición de la Administración en vía administrativa, art. 36.2 LRJSP⁸¹), no puede cercenarse con la mera afirmación de que es posible hacer valer una de esas acciones. Esto es, disponer que «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio», art. 36.1 LRJSP, como hacía, en términos casi idénticos, desde 1992 el art. 145.1 LRJAP y PAC, únicamente implica lo que se afirma: que la conducta del personal al servicio de la Administración no deja de ser un acto propio de la Administración, que origina la RPA (que es la responsabilidad, pública, regulada en esas normas de derecho administrativo). Por el contrario, no comporta, *per se ipsa*, negar la autoría del otro deudor solidario, ni cercenar la responsabilidad de este: afirmar que, ante una conducta, estamos en presencia de un acto propio de un sujeto que habilita la exigencia de su responsabilidad no vicarial, no excluye que los hechos también supongan una conducta propia del autor material de la conducta, ni elimina la responsabilidad de este. Aunque se trate de algo elemental, conviene recordar que la previsión analizada, en la versión del art. 145.1 LRJAP y PAC⁸², convivió desde 1992 hasta la L 4/99, con la previsión del art. 146.1 LRJAP y PAC: «La responsabilidad civil y penal

administrativa, de la Administración contra el. En síntesis, se ignora la eficacia refleja de la sentencia y se cercena la figura del interviniente adhesivo simple en nuestro sistema y, más concretamente, se niega, la intervención voluntaria de tal condición en el orden contencioso-administrativo. Otra cosa es que, en el supuesto en cuestión, tenga cabida dicha figura para personarse y recurrir una sentencia cuando la parte, que integra el objeto, no vaya a hacerlo, a pesar de la dicción del art. 13 LEC. Sobre la intervención, adhesiva simple, del médico o personal sanitario en el procedimiento de RPA, arts. 49 LJCA y 13 LEC; LÓPEZ GIL, «Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, *JUSTICIA*, Núm. 1, Año 2021, pp. 211-215.

⁸¹ DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 103-151, entiende, desde un análisis económico de la institución, que lo más adecuado es que responda directa y exclusivamente la Administración, y que únicamente repita cuando el empleado público se ha podido enriquecer al irrogar los daños.

⁸² Uno de las manifestaciones más intensas del espejismo de completitud de la perspectiva administrativista de la RPA es la línea jurisprudencial civil, minoritaria, que entendía que tras la L 30/92, al responder directamente la Administración, se excluía la acción frente al personal de la misma; su máximo exponente es la STS 813/2006, Civil, Sección 1, 17 Febrero (ECLI:ES:TS:2006:813), cuyo distinguido ponente procedía del ámbito administrativo, especialista de la Sala Tercera, que, además de pronunciarse sin competencia funcional, esto es, incurriendo en una hipótesis de nulidad absoluta (aunque la resolución no cumplía las exigencias para su admisión, se conoció del recurso por el interés de la cuestión; es el primer ejemplo del interés casacional *contra legem*, pues entonces no existía aquel), FD séptimo, proclamaba que, a través de una exégesis sesgadísima del art. 145 L 30/92, FD décimo, en realidad, el sistema de RPA implantado desde 1992 cercenaba *per se ipso* la posibilidad de accionar contra el personal al servicio de la Administración (incluso desde 1954, LEF, y que solo una previsión administrativa específica, como el art. 43 LRJAE de 1957, habilitaba dicha acción, por lo que al derogarse este en 1992, se cerraba dicha posibilidad -aunque siguiera en vigor la normativa de 1904-), lo que no solo contravenía el *sensus communis*, *supra*, sino que atentaba contra el tenor literal de la propia normativa administrativa que, art. 146.1 L 30/92, como se ha señalado, hasta 1999 no dejaba de reconocer expresamente dicha posibilidad.

del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.». De hecho, a nadie se le ocurrió jamás sostener, por ejemplo, que las previsiones de la LOPJ, arts. 292 a 296, que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, como un acto propio, implican por sí mismas la imposibilidad de impetrar la oportuna responsabilidad civil extracontractual de jueces y magistrados. Por el contrario, convivió, hasta 2015, dicha responsabilidad patrimonial del poder público con la redacción, innecesaria, del art. 297 LOPJ, que afirmaba que «Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.». Y la LO 7/2015, para cercenar dicha posibilidad, no se limitó a derogar esa previsión, sino que estipuló una prohibición expresa.

En definitiva, para laminar el juego de la eficacia directa de los derechos fundamentales y del art. 1902 CC (o de los arts. 109.1 y 116.1 CP) en una hipótesis puntual, se precisa de una previsión específica que así lo indique y siempre que se asegure la reparación del perjudicado (salvo que tenga el deber jurídico de soportar el daño). Eso es, precisamente, lo que, con buena lógica realiza el autor de la reforma, LO 7/2015, de la LOPJ, art. 296.1, cuando se trata de jueces y magistrados, «(...) sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos», aunque el precepto deba matizarse por la existencia de la excepción de la responsabilidad *civil ex delicto*. Por ello, y aunque es una cuestión que no plantea debate alguno en la práctica, de *lege ferenda* sería necesario incluir una cláusula en la LRJSP como la que se ha reseñado.

14. Conclusiones

El aforamiento de la Administración, por su responsabilidad extracontractual derivada de las relaciones de derecho privado, ante el orden el contencioso-administrativo, supone privilegiar a aquella en detrimento del ciudadano. La garantía de este, art. 106.2 CE, se transmuta en un privilegio de la Administración. En esos supuestos, a pesar de la afirmación del legislador, no es dable aplicar el singular régimen de derecho público estipulado desde mediados del siglo pasado para la responsabilidad extracontractual de la Administración resultante de su actuación como integrante de un poder público, y que tiene un criterio de imputación específico: el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos (entendidos en sentido omnicomprensivo de toda la acción de la Administración). En definitiva, pese al «unitarismo» formal, cuando se dilucida la responsabilidad extracontractual de derecho privado de la Administración, se está, *de facto*, aplicando el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el art. 1902 CC. Eso sí, previa autotutela administrativa y ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Se afecta así, decisivamente, al derecho fundamental procesal al juez ordinario predeterminado por la ley, art. 24.2 CE, del ciudadano. En consecuencia, tampoco sería aceptable, de *lege ferenda*, mantener el aforamiento de la Administración en esos casos, a la par que se suprime la necesidad de la autotutela previa. De hecho, en el orden civil, incluso tras la LO 1/2025, cuando se trata del sector público no resulta preciso acudir a los medios adecuados de solución de los conflictos (MASC), antes de interponer la demanda.

Resulta lógico atribuir la jurisdicción por razón del objeto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para evitar la pérdida de la continencia de la causa e impedir pronunciamientos contradictorios, la exigencia, junto a la Administración, de la responsabilidad extracontractual de derecho privado a otros particulares que concurrieron en la producción del daño, solidaridad impropia, y a la aseguradora de la Administración, solidaridad propia. Es un supuesto de

jurisdicción por razón del objeto que no es *secundum eventum litis*; si se absuelve a la Administración, los tribunales contencioso-administrativos se pronunciarán sobre la responsabilidad de derecho privado y tendrán competencia funcional para conocer exclusivamente de esta en los recursos.

En el caso del ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración, lo lógico es mantener, en atención a su naturaleza jurídica, la jurisdicción por razón del objeto de los tribunales civiles. En virtud del principio de audiencia, art. 24.1 CE, la ausencia de la Administración en ese proceso (salvo que fuese litisdenunciada) impide que la eficacia de cosa juzgada material del fallo la alcance, aunque sí ostenta frente a ella una eficacia procesal intensa que se puede combatir (*exceptio male iudicati*). Por otra parte, resulta contrario al principio dispositivo, a la titularidad privada de los intereses en juego, obligar a demandar a la aseguradora de la Administración cuando se interpone el proceso contencioso-administrativo para exigir la RPA, art. 21.1.c) LJCA. Se elimina así, inopinadamente, para beneficiar el aforamiento de la Administración, el *ius eligendi* propio de las obligaciones solidarias. Si lo que se desea es extender la eficacia de cosa juzgada material, bastaría con litisdenunciar el proceso contencioso-administrativo a la aseguradora.

La garantía constitucional contenida en el art. 106.2 CE, incluye necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración resultante de la prestación de los servicios públicos (en sentido amplio) por un integrante del sector público institucional, que no forma parte de aquella *stricto sensu*. Así se refleja también en el art. 35 LRJSP. Por ello, la remisión puntual al régimen de responsabilidad de derecho privado, y, consiguientemente, al orden jurisdiccional civil en el caso de AENA, S.M.E., resulta contraria a esas previsiones.

Asumir que la conducta que origina la RPA es un acto propio de la Administración, en modo alguno impide que también lo sea del autor material de la conducta: el personal al servicio de la Administración. Se trata de una solidaridad consustancial a la responsabilidad extracontractual. Es lo que, en otro plano, sucede con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por hecho propio, que también comporta la responsabilidad penal por hecho propio de la persona física, además de las sendas responsabilidades civiles extracontractuales por hecho propio (que surgen de los hechos, del daño, y no del delito), no vicariales. La responsabilidad civil extracontractual del personal al servicio de la Administración se origina por la eficacia directa de los derechos fundamentales si estos se ven afectados, y el principio general del derecho *alterum non laedere*, contenido en el art. 1902 CC. No se necesita previsión alguna de derecho administrativo (o de derecho procesal) para hacer nacer esta responsabilidad. Por el contrario, sí se precisa de una disposición específica que impida su exigencia, y siempre que el resarcimiento del perjudicado esté garantizado, como acontece con la redacción del art. 296.1 LOPJ tras la LO 7/2015. No es suficiente, a esos efectos, estipular que los perjudicados se dirigirán frente a la Administración, art. 36.1 LRJSP, pues se trata simplemente de la acción directa contra la Administración por hecho propio, la RPA. Precisamente, una previsión idéntica convivió, desde 1992 a 1999, en la LRJAP y PAC, L 30/92, con otra que «recordaba» la posibilidad de exigir la responsabilidad civil (y la penal) al personal al servicio de la Administración, arts. 145.1 y 146.1. De *lege ferenda* sería conveniente la inclusión de una cláusula semejante, a la de la LOPJ, en la LRJSP.

Carece de sentido mantener en el CP una responsabilidad civil extracontractual subsidiaria de la Administración, art. 121, una vez que se ha asumido, desde mediados del siglo pasado, que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual por hecho propio.

15. Bibliografía

ALMODÓVAR PUIG, Borja/ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; «La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento», *Indret*, 3.2022, pp. 114-146.

AYALA CANALES, César, «La relativa relatividad de los contratos», *Legal Today*, 2024-06-04.

BARRY, Herbert, «The King Can Do No Wrong», *Virginia Law Review*, Vol. 11, No. 5, March, 1925, pp. 349-371.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz», *REALA*, núms. 300-301, 2006, pp. 565-579.

BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997

BILBAO UBILLOS, Juan María, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittewirkung*: una visión de conjunto», *AFDUAM*, 21, 2017, pp. 41-74.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, «La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *DA. Revista Documentación Administrativa*, nº 286-287, enero-agosto 2010, pp. 297-334.

CARAZA CRISTÍN, María del Mar, *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016.

CALVO VÉRGEZ, Juan, «El futuro de nuestra normativa interna sobre declaración de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Derecho Comunitario tras la reciente jurisprudencia del TJUE», *Quincena Fiscal* Núm. 12 junio 2023.

- «Alcance de la reciente doctrina del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del ordenamiento comunitario», *Forum fiscal de Álava*, 142, 2021, pp. 29-40.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad*, Número 2, abril-junio 2021, pp. 19-72.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica *privada* y su personalidad jurídica *diferenciada*: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, 203, 2017, pp. 17-56.

COBO OLVERA, Tomás/COBO PERALTA, Tomás, *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Pùblicas*, 8^a ed., Bosch, 2022.

COMPANY ALET, Antoni, «Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones públicas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 41-2015, pp. 85-95.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 3^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DÍAZ CABIALE, José Antonio, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- *Perspectiva procesal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración y del Estado-Legislador*, Comares, Granada, 2009.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel/MEDINA ALCOZ, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en VELASCO CABALLERO, Francisco/DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, (segunda edición), Marcial Pons, 2024, pp. 802-831.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *InDret 4.2022*, pp. 168-228.

- «Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010, pp. 179-231.
- «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre, 2009, pp. 103-151.
- «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret*, 1.2004, pp. 388-440.

FUERTES, Mercedes, «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *Revista de Administración Pública*, 206, 2018, pp. 67-97.

FORTES GONZÁLEZ, Ana, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2014.

GAMERO CASADO, Eduardo, «Aspectos transversales del régimen básico del sector público y del procedimiento administrativo común», en GAMERO CASADO, Eduardo (dir.)/FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano/VALERO TORRIJOS, Julián (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, v. I, ,Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 153-263.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, «El “sector público” como referente actual del derecho administrativo.», *Revista de Administración Pública*, 209, pp. 175-208.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 17^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

HUERGO LORA, Alejandro, «Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*. Número 2º, octubre 2023, pp. 6-30.

IRANZO CEREZO, José Damián, «La dudosa compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad de la regulación de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *Revista española de derecho administrativo*, Nº 205, 2020, pp. 201-226.

JIMÉNEZ LÓPEZ, María de las Nieves, «Disfunciones procesales derivadas del ejercicio de la acción directa y de las acciones de regreso en caso de seguro de cobertura de responsabilidad de la Administración Pública», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 57, 2022, pp. 1-41.

LEGUINA VILLA, Jesús, «Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado», *La responsabilidad patrimonial del Estado*, INAP, México, 2000, pp. 1-19.

LEÓN SANZ, Francisco José, «La responsabilidad en las sociedades mercantiles estatales», en EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Marcial Pons, 2018, pp. 305-330.

LÓPEZ GIL, Milagros, «Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria», *JUSTICIA*, Núm. 1, Año 2021, pp. 175-221.

LÓPEZ RICHART, Julián, *El contrato a favor de tercero*, Universidad de Alicante, 2001.

LOZANO CUTANDA, Blanca, «El “último resquicio” del monopolio contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *Diario LA LEY*, Nº 9745, Sección Tribuna, 27 de noviembre de 2020.

MARCOS MATÍAS, Fernando Pablo, «Sobre el acto administrativo: historia y dogmática en España», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (coord.), *Colección de derecho administrativo comparado*, Vol. 6: *El acto administrativo. Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*, Temis, 2022, pp. 113-150.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, Núm. 150. Septiembre-diciembre 1999, pp. 317-371.

- «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)», *Revista de Derecho Político*, Nº 37, 1992, pp. 51-82.

MASSAGUER FUENTES, José, «La impugnación en vía civil de las resoluciones definitivas de la Oficina Española de Patentes y Marcas sobre propiedad industrial. Aspectos jurisdiccionales y procesales», *InDret 2.2023*, pp. 101-154.

MEDINA ALCOZ, Luis/DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en VELASCO CABALLERO, Francisco/DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, segunda edición, Marcial Pons, 2024, pp. 802-831.

MEDINA ALCOZ, Luis, «Imputación objetiva y administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, IV, 1, 2022, pp. 27-58.

- «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. (I). Sintagma. Fundamentos. Función», en CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, t. IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, 2009, pp. 31-68.
- «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. (II). Elementos. Factores de exoneración», en CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, t. IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, 2009, pp. 69-133.
- *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor, 2005.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás/CASARES MARCOS, Anabelén (coords.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 37-90.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración.», *Revista de Administración Pública*, 213, 2020, pp. 29-47.

- «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. *Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa*», *InDret 03/2003*, pp. 1-31.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Cuestiones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO, Mario Enrique/COBAS COBIELLA, María Elena (dirs.), *Derecho de daños*, t. I, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 15-51.

MORATE MARTÍN, Lourdes, «La influencia del Derecho Anglosajón en la responsabilidad patrimonial administrativa en España», en PASTOR RUIZ, Federico/ORTEGA BURGOS, Enrique (dirs.), *Derecho Administrativo 2021*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 145-162.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuricidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, enero-abril (2012), pp. 97-139.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas». *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994, pp. 239-253.

- «¿Es la responsabilidad civil *ex delicto* imprescriptible?», *Almacén de Derecho*, enero 25 2021.

PAPAYANNIS, Diego Martín, «La práctica del *alterum non laedere*», *Isonomía*, n.41, 2014, pp.19-68.

PARKER, Reginald, «The King Does no Wrong -- Liability for Misadministration», 5 *Vanderbilt Law Review* 167, 1952, pp. 167-176.

PASCUAL SUAÑA, Oliver, *Defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español (especial referencia a los informes periciales de Compliance)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

PENNINGTON, Kenneth, «Politics in Western Jurisprudence», en PATTARO, Enrico (coord.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 6, Springer-Verlag, New York, 2007, pp. 157-211.

REBOLLO PUIG, Manuel, «La reclamación de la indemnización», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.)/CASARES MARCO, Anabelén (coord.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, t. I, 2º ed., Tirant lo Blanch, 2013

- «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en SAINZ MORENO, Fernando (dir.), *Estudios para la reforma de la administración pública*, INAP, 2004, pp. 215-244.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, María Luisa, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Universitat Oberta Catalunya, 2019.

SÁNCHEZ PÉREZ, Pedro, «Agotamiento de la vía administrativa previa a la jurisdicción social, tras la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones Pública», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, mayo 2017.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier/ALMODÓVAR PUIG, Borja «La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento», *Indret*, 3.2022, pp. 114-146.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual», en CLEMENTE MEORO, Mario Enrique/COBAS COBIELLA, María Elena (dirs.), *Derecho de daños*, t. I, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 53-94.

SERRANO GALLARDO, Félix Francisco, «La responsabilidad patrimonial de la administración en los accidentes de tráfico», en VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina/MERA REDONDO, Antonio (coords.), *Seguridad Vial*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 415-434.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Víctor, *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TRIANA REYES, Belén, «Recientes consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la responsabilidad patrimonial de la administración», *Actualidad Administrativa*, Nº 12, Sección Actualidad / En la práctica, diciembre 2018.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas», en GAMERO CASADO, Eduardo (dir.)/FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano/VALERO TORRIJOS, Julián (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, v. I, ,Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 218-255.

VÁZQUEZ SEIJAS, Juan José, «Introducción», *Manual de responsabilidad pública*, Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 3ª ed., Aranzadi, 2015, pp. 67-90.

VELASCO CABALLERO, Francisco, «Administración pública», en VELASCO CABALLERO, Francisco/DARNACULLETA GARDELLA, María Mercè (dirs.), *Manual de Derecho administrativo (segunda edición)*, Marcial Pons, 2024, pp. 45-63.

YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Privatización de Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.