

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION. JURISDICCION COMPETENTE Y OTROS EXTREMOS

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983)

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

Profesor de Derecho civil. Universidad de Deusto

MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Deusto

I. EL CASO DE QUE SE TRATABA

Dña Pilar T. G., por sí y en nombre de sus siete hijos menores, entabló ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la Administración del Estado (Ministerio del Interior), en reclamación de cantidad (diez millones de pesetas) en concepto de indemnización por los perjuicios derivados de la muerte del esposo de la actora el 8 de junio de 1974.

Los hechos descritos en la demanda eran, en síntesis, los siguientes: el esposo de la demandante había fallecido en la fecha indicada como consecuencia de los disparos efectuados por un funcionario de Policía. Alegaba la actora que tal y como resultaba de las actuaciones penales seguidas en su momento, el referido subinspector de Policía había actuado con manifiesta desproporción, al disparar por la espalda al fallecido mientras éste se hallaba de cara a una pared y otro funcionario le colocaba las esposas.

Seguidas las correspondientes actuaciones penales, éstas terminaron en sobreseimiento por virtud de los Decretos de Indulto de 25 de noviembre de 1975 y 14 de marzo de 1977, si bien «con reserva de las acciones legales correspondientes a los perjudicados».

Se añadía en uno de los hechos de la demanda que la producción de la muerte era constitutiva en todo caso de *un ilícito civil* (sic), del cual respondía subsidiariamente (sic) la Administración del Estado, por mandato del artículo 1.903 del Código civil. Llamamos la atención sobre el hecho de que se invocara este precepto y no las reglas de Derecho administrativo sobre responsabilidad civil del Estado, quizá en coherencia con el hecho de que la demanda se entablaba ante la jurisdicción civil.

Se alegaba asimismo haber formulado la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, que no había recibido contestación de la Administración.

La sentencia del Supremo añade que la actora alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, sin que se especifique cuáles eran esos fundamentos, extremo interesante, según luego diremos. Sin embargo, todo induce a pensar que la demandante basó su reclamación en los artículos

1.902 y 1.903 del Código civil, no —como decíamos antes en las normas administrativas que perfilan la responsabilidad civil del Estado.

El Abogado del Estado contestó la demanda sosteniendo en primer lugar que la actuación del policía se había debido a la conducta del propio interfecto, que en el momento en que estaba siendo esposado amagó una agresión contra los agentes de policía con una navaja que portaba. Se advertía que la demanda se había dirigido sólo contra la Administración del Estado, no contra el agente de Policía. Y terminó suplicando sentencia por la que se declarase la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer la pretensión aducida por la actora, por corresponder a la jurisdicción contencioso administrativa, y por la que, subsidiariamente, se desestimase en su integridad la demanda planteada.

El Jgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la parte demandada declaraba absuelta a la misma, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión.

Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó íntegramente.

Se interpuso por la actora recurso de casación, articulado en los siguientes motivos:

«*Primero*.—Por infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, ordinal sexto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habida cuenta de que por razón de la materia, muerte de un ciudadano a resultas de disparos culposos de Subinspector del Cuerpo General de Policía, se debió haber conocido en el fondo del asunto por la Jurisdicción Civil, desestimando la excepción de incompetencia alegada por el Abogado del Estado y que constituye la parte dispositiva del fallo recurrido.

Segundo: Por infracción de Ley y de la doctrina legal concordante al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo mil novecientos tres en relación con el mil novecientos dos, ambos del Código civil infringidos por el concepto de violación por inaplicación, habida cuenta de la falta de condena en la parte dispositiva de la sentencia recurrida del Ministerio del Interior y de la Administración Central del Estado, a resultas de la actuación culposa del funcionario Subinspector de Policía ocasionante de la muerte del marido de la demandante.»

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, y siendo Ponente D. Rafael Casares Córdoba, declaró haber lugar al recurso. Y emitió al respecto los siguientes *Considerandos de interés*:

«*CONSIDERANDO*: Que son antecedentes de hecho necesarios o convenientes para resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en el procedimiento instado ante el Jgado de Primera Instancia número cinco de los de la propia Capital por doña Pilar Torres García, en su nombre y en el de sus menores hijos César, Javier, María Pilar, Santiago, Oscar, Silvia y José Luis Herrero Torres, los siguientes: *Primero*: Que en la madrugada del siete al ocho de junio de mil novecientos setenta y cuatro, cuando el esposo de la demandante, luego

de una accidentada persecución por tres Subinspectores del Cuerpo General de Policía, ya herido de bala en el pie izquierdo, se encontraba detenido por éstos, de cara a una tapia en la que, por orden de sus perseguidores, apoyaba los brazos, en el momento en que uno de los Agentes le había colocado el grillete en la muñeca izquierda, otro que le encañonaba, con su arma reglamentaria, por detrás «a un palmo de distancia de la espalda aproximadamente», bien porque oyese un chasquido metálico, que creyó fuese el de apertura de una navaja o bien porque, efectivamente, advirtiese el arma blanca en la mano derecha, única libre del perseguido, extremos que no aparecen exactamente precisados en autos —como no aparece tampoco concretada la forma en que el detenido hizo, según sus custodios, un intento de agresión sobre el agente más próximo, revolviéndose contra él— lo que definitivamente establecido es que el Subinspector de Policía, que se encontraba inmediatamente detrás del detenido, «de manera refleja disparó por la espalda no pudiendo precisar en qué parte exactamente», según su propia declaración, produciendo a aquél la rotura de la víscera cardíaca que le causó la muerte instantánea. Segundo: Que con motivo de los hechos anteriores se instruyeron diligencias penales —sumario número cincuenta y seis/setenta y cuatro— por el Juzgado de Instrucción número dos de los de Barcelona, las cuales fueron sobreesidas libremente por Auto de seis de febrero de mil novecientos setenta y siete, por aplicación de lo dispuesto en los Decretos de Indulto de veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco y catorce de marzo de mil novecientos setenta y siete con reserva de las acciones correspondientes a los perjudicados. Tercero: Que la esposa del fallecido presentó a la Administración, también en nombre propio y en el de sus hijos menores, «reclamación previa a la vía judicial civil» en solicitud de diez millones de pesetas por los perjuicios derivados de la muerte de su esposo «resultante de imprudentes disparos de un funcionario del Cuerpo General de Policía» sin que tal escrito, registrado de entrada en el Gobierno Civil de Barcelona, el dos de febrero de mil novecientos setenta y ocho, aparezca haya sido contestado, y Cuarto: Que la propia solicitante, en idéntica representación, formuló demanda, presentada el veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y ocho, de juicio ordinario de mayor cuantía, contra el Ministerio del Interior y la Administración Central del Estado, en reclamación de aquellos diez millones de pesetas, por el mismo concepto figurado en el escrito anterior, demanda tramitada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Barcelona que la resolvió, después de declarar la pobreza legal de la demandante, sin entrar a conocer del fondo del asunto, por estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por la Abogacía del Estado, cuya sentencia fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Territorial más arriba mencionada, contra la que se interpuso este recurso de casación, articulándose, al efecto, dos motivos, al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ordinales sexto y primero respectivamente, por considerar, en aquél, que la Sala sentenciadora debió desestimar la excepción de incompetencia, por razón de la materia propuesta y, en consecuencia, entrar en el fondo del asunto resolviéndolo conforme a lo demandado y por reputar, en el segundo y último, infringido el artículo mil novecientos tres del Código civil, en concepto de violación por inaplicación de dicho precepto sustantivo.

CONSIDERANDO: Que en presencia del hecho relatado bajo el apartado primero del considerando precedente es manifiesto que se produjo una actuación negligente en el funcionamiento de un servicio público, en cuanto hubo una desmesurada conducta, al menos, de uno de los agentes de policía, el cual, aun en el supuesto de un

amago ofensivo del detenido —reacción por demás inocua dada la situación del mismo: herido, controlado y sujeto ya por una de las muñecas— intervino, desbordando la prudencia y cautela personal y profesional, que le era exigible, mediante la puesta en juego, desde luego el primer momento, del más extremado y violento de los cuantos medios le era dable utilizar: el del uso del arma de fuego, con la que disparó a bocajarro y sobre una zona del cuerpo en la que se alojan órganos vitales, con el efecto de causar la muerte, fulminante, del sujeto, pese a encontrarse éste en tales circunstancias que, como los propios intervinientes, con loable sinceridad, reconocieron en sus declaraciones, cualquier reacción de defensa o ataque de su parte, hubiera sido perfectamente neutralizada por ellos, sin necesidad de causar un daño cuya reparabilidad quedó cortada en la vía penal, por efecto del indulto anticipado de mil novecientos setenta y cinco, para renacer ahora, como presupuesto —relación causal— de la imputación de efectos económicos a la Administración, en cuanto titular del servicio en el que el perjuicio se produjo, postulándose la reparación material y moral del mal causado.

CONSIDERANDO: Que expuesta ya la situación de hecho y las consideraciones generales del caso, se está en situación de abordar el recurso entablado contra la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda atendiendo a la objeción central de la incompetencia de jurisdicción, argumentada por la Abogacía del Estado, que postuló la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de a la civil, de la competencia para conocer y resolver el litigio planteado, atribución de competencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración que si, en general, la Ley de Expropiación Forzosa (artículo ciento veintiuno) y su Reglamento (artículo ciento treinta y tres y siguientes), y sobre todo, la reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en su artículo tres, declaran reservadas, en bloque, a la jurisdicción especializada y la de Régimen jurídico de la Administración del Estado, a su vez, consagra similar atribución, cuando se trata de reparar el daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público (artículo cuarenta) *ello no excusa que, en este tema, de muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa y, peligrosamente, abocado a lo que una autorizada doctrina, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, ha llamado «un peregrinaje de jurisdicción», se traigan también a examen, como datos de partida, a efectos competenciales, las particularidades, ya en parte, mencionadas, del caso concreto, lo que comporta que, en el ahora enjuiciado, se afirme, con el consiguiente acogimiento del primer motivo del recurso, la competencia del Tribunal civil para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la Autoridad penal a la vía ordinaria, en virtud de haberse declarado extinguida la presunta de aquel orden, por aplicación de un indulto tan inusual, en cuanto anticipado, como el de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, ya que otra cosa supondría asistir al hecho de que unas responsabilidades, inevitablemente calificables ex delicto —artículos mil ochenta y nueve y mil novecientos dos del Código civil—, cuya estimación en vía penal, en la que venían siendo perseguidas, se habría producido como pura secuela de la sanción penal y que de haber quedado reservadas, en el proceso penal sancionador, hubieran podido ser enjuiciadas civilmente, sufren, por uno de esos juegos de azar que tanto propicia aquel indulto, un desplazamiento que incrementa el beneficio penal otorgado, con el factor adicional que, notoriamente, resulta del aplazamiento implicado en la estimación de la cuestión de competencia esgrimida por el representante de la Administración, tesis inaceptable que, además, desde la vertiente de la víctima, ofrecería la insoportable*

perspectiva de causar, día a día, un irreparable perjuicio a siete menores de edad, cuyo derecho a ver cubiertas sus necesidades físicas y espirituales de todo orden es incuestionable y merecedor de que la dudosa cuestión competencial bascule del lado de la Jurisdicción civil, matriz de las especializadas y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable que, por otra parte y muy principalmente, encuentra incommovible apoyatura, que importa subrayar con el debido énfasis, en la calificada por conocidísima doctrina como «vinculación más fuerte», refiriéndose, naturalmente, a la Constitución promulgada el veintisiete de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, a cuyo orden de valores se encuentran, directamente, vinculados, al mismo tiempo que los ciudadanos, las Autoridades y Tribunales de todo orden, los cuales, en su misión de aplicar, incluso las disposiciones de rango legal, han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos, constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar —virtualidad también negativa— en las concretas controversias que, ante ellos se susciten, tanto las claramente inconstitucionales, como las que, por las especiales circunstancias del caso, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el artículo veinticuatro del texto constitucional, tal y como sucedería en este caso en el que, si algo está claro, es que la declaración de incompetencia del Tribunal civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso que sumió en la miseria a la demandante y sus hijos, quedados en situación calificada por el informe de la Alcaldía de Barcelona, ya en veinte de febrero de mil novecientos setenta y nueve, como de «francamente deplorable», obviamente significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratar de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo su origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente declarado fundamental (artículo quince de la C. E.), después de haberlo perseguido estérilmente, primero en vía penal —sumario cincuenta y seis/setenta y cuatro del Juzgado número dos de los de Barcelona, luego en reclamación administrativa —escrito al Ministerio del Interior de dos de febrero de mil novecientos setenta y ocho— y por último ante la jurisdicción ordinaria en este proceso presente.

CONSIDERANDO: que cuantas argumentaciones figuran expuestas conducen a la estimación, como se ha indicado, del primer motivo del recurso, haciendo innecesario el examen de ningún otro para anular la sentencia combatida, sin que por lo demás proceda hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso acogido.

La Sala, en consecuencia, dictó segunda sentencia, cuyo único *Considerando* dice:

«**CONSIDERANDO:** Que por los fundamentos y razonamientos de la sentencia que precede, hecha la declaración de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda de responsabilidad de la Administración del Estado demandada, en concepto de indemnización de perjuicios solicitados por la demandante doña Pilar Torres Gracia, por fallecimiento de su esposo a consecuencia del disparo efectuado por un funcionario de Policía, en las condiciones relatadas en aquella sentencia, es vista la procedencia de declarar correcta la acción ejercitada y el derecho de la demandante y sus hijos al abono, en el concepto en que la piden, por la Administración, de la postu-

lada indemnización en cuantía que, lógicamente, ha de tomar en consideración, junto a las circunstancias reconocidas de edad del fallecido —veintinueve años— y obligaciones familiares a su cargo —esposa y siete hijos— el tiempo transcurrido entre el instante del desgraciado hecho —ocho de junio de mil novecientos setenta y cuatro— y el momento en que la decisión indemnizatoria se produce, ya que, al no tratarse de una deuda dineraria, sino de una deuda de valor, deben tenerse en cuenta las depreciaciones sufridas por la moneda, a fin de que la reparación restablezca, en lo posible, la situación económica existente en el momento de producirse los hechos, aunque sin llegar, en el presente caso, a la cantidad solicitada, ya que, aparte la concurrencia de una cierta conducta insumisa, y, por tanto, débilmente culposa de la víctima, es patente que, en este orden de cosas, la cifra solicitada excede a la que, en similares circunstancias, han venido señalando los Tribunales, por lo que habrá que contar con una prudente reducción de la misma cifrándola en siete millones de pesetas, a distribuir por partes iguales entre la viuda de la víctima y sus hijos representados, cantidad a la que se llega tomando en consideración cuantas notas individualizan el caso, al tiempo que mantiene, «mutatis mutandis», un adecuado paralelismo con la concedida en casos semejantes, alguno tan notorio y reciente como el resuelto por la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal, el dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.»

II. CUESTIONES DE INTERES QUE PRESENTA LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos reviste innegable interés en varios aspectos. A continuación mencionamos los que creemos más importantes para luego someter a análisis específicos alguno de ellos.

1. En primer término, la sentencia es interesante, en cuanto estimatoria del recurso de casación, por el hecho (que se deduce, más que se afirma) de que la demanda se entabló al amparo del artículo 1.903 del Código civil (en cuanto consagra la responsabilidad civil del Estado), no de los preceptos de leyes administrativas que recientemente han perfilado con mayor detalle y mejor técnica la citada responsabilidad.

Al haber declarado la Sala que hay lugar al recurso, y al mencionar —siquiera sea de pasada y en forma un tanto incidental, al hablar del tipo de responsabilidad concurrente en este caso, que califica de *ex delicto*— los artículos 1.089 y 1.902 del Código civil, la sentencia es interesante porque pone sobre el tapete la cuestión de si una demanda de responsabilidad civil del Estado basada en el Código civil puede ser *correctamente* formulada ante la jurisdicción civil.

2. En relación con lo anterior, al declarar la Sala que hay lugar al recurso, y hacerlo en base a los citados artículos 1.089 y 1.902 del Código civil, parece incuestionable que el Tribunal Supremo está haciendo suya la teoría que estima que la remisión que el párrafo quinto del artículo 1.903 hace al 1.902 significa que cuando el daño es causado por el funcionario a quien correspondiera la gestión practicada, el Estado responde no por hecho ajeno (como en el caso del «agente especial»), sino por hecho propio, en cuanto que el funcionario es el órgano de que sirve el Estado para actuar.

3. El centro de gravedad de la sentencia, sin duda, es el conjunto de razonamientos que desgrana el Tribunal Supremo para concluir que, a pesar de los argumentos existentes en pro de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, era competente la civil para conocer del asunto planteado.

La Sala utiliza, con distinto grado de énfasis, diversas razones para sostener su conclusión.

a) En primer lugar, tras decir que el tema planteado es de *muy relativa trascendencia* (afirmación que no puede dejar de sorprender —aunque fuera gratamente— cuando el Tribunal Supremo se muestra de ordinario tan puntilloso en cuestiones formales), alude a la «judicialización de la jurisdicción contenciosa».

b) Luego, la Sala utiliza la gráfica expresión de «peregrinaje de jurisdicción» para referirse a la situación en que se encontraría la demandante si se admitiese que la competente era la jurisdicción contenciosa.

c) A continuación, el Tribunal apoya su tesis señalando el absurdo que se daría al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues, siendo la responsabilidad *ex delicto*, si no hubiera habido indulto dicha responsabilidad —debidamente reservada en el proceso penal— podía haber sido depurada en proceso civil.

Este razonamiento a nuestro juicio, adolece de una petición de principio, pues entendemos que calificar de responsabilidad *ex delicto* a la que deriva de un hecho que no ha sido enjuiciado por la jurisdicción penal es dar a la acción un carácter que sólo académica o teóricamente puede merecer.

d) Prosigue la Sala haciéndose eco de los irreparables perjuicios que se podrían seguir a los hijos de la víctima (por causa de retraso que derivaría de la estimación de la cuestión de competencia) añadiendo que esa «dudosa cuestión competencial» debe bascular del lado de la Jurisdicción civil, que se denomina «matriz de las especializadas» y «de suyo atractiva».

e) Se apoya luego la sentencia en un argumento derivado de la Constitución, que se considera y llama «vinculación más fuerte», en expresión de «conocidísima doctrina», según dice la propia resolución.

La apelación a la Constitución es precisamente al artículo 24 y al derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, que se vería malparado con la declaración de incompetencia del Tribunal civil.

La Sala hace un verdadero encaje de bolillos en este punto, pues afirma que por virtud del «juicio de constitucionalidad» los tribunales han de negar validez a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos constitucionalmente establecidos (doctrina que desde luego es pacífica) y además han de dejar de aplicar tanto las normas claramente inconstitucionales (tesis también común) como las que, *por las especiales circunstancias del caso*, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

f) Reitera la Sala más adelante que aceptar la tesis de la incompetencia

de jurisdicción significaría embarcar a los demandantes en «una nueva búsqueda de Juez competente». Se repite la idea del «peregrinaje de jurisdicción».

g) La segunda sentencia es también de interés en cuanto reproduce la doctrina de la Sala Primera de que la deuda indemnizatoria no es una deuda dineraria sino una deuda de valor, por lo que deben tenerse presentes las depreciaciones de la moneda.

h) Por fin, la misma segunda sentencia merece atención porque aplica la competencia de culpas, al justificar la reducción a siete millones de la indemnización de diez pedida por la actora, en base a «una cierta conducta insumisa» del esposo fallecido, conducta que se califica, en expresión original, como «débilmente culposa» (recuérdese que parece que la víctima había realizado algún movimiento sospechoso cuando estaba detenido y a punto de ser esposado).

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

A modo de énfasis de la doctrina dominante a este respecto, nos permitimos reproducir los párrafos de interés dedicados a este extremo por uno de los comentaristas de esta sentencia. Ricardo de Angel, en su libro *Lectones sobre responsabilidad civil*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, páginas 71-73.

De acuerdo con el párrafo quinto del artículo 1.903, «*el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.*»

Debemos advertir de antemano que la fórmula que acabamos de reproducir se ha visto ampliamente superada por obra de modernas leyes administrativas a que luego nos referiremos. Pero no será inútil hacer algún comentario sobre la orientación del Código civil.

La interpretación del párrafo antes transcrito dio lugar a dos teorías.

Una, precisamente la adoptada por la jurisprudencia, afirmaba que el Estado no era responsable de los daños que los particulares pudieran sufrir a consecuencia de los actos de los funcionarios en el desempeño de su actividad propia. Sólo el funcionario autor del daño asumía el deber de indemnizar, si en su conducta había mediado culpa. Esta última conclusión se extraía de las palabras «en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», en cuanto parecen remitir a hipótesis de responsabilidad por actos propios, y además obra de una persona física. La regla, por tanto, era la irresponsabilidad del Estado.

De aquí se deduce que la norma del párrafo quinto del artículo 1.903 —siempre de acuerdo con esta primera interpretación— constituía la excepción a la regla general: el Estado responde —por culpa *in eligendo* o *in vigilando*— sólo cuando actúa por medio de un «agente especial».

Frente a este criterio, tan favorable para el Estado, una segunda interpretación sostenía que la remisión a «lo dispuesto en el artículo anterior», es decir, al artículo 1.902, significaba que el Estado incurría en responsabilidad *propia* cuando el daño sufrido por el particular fuera causado por el funcionario a quien estuviera confiada —en razón de su cargo— la correspondiente gestión o actuación. El razonamiento era bien simple, y a nuestro juicio acertado: el Estado, como persona jurídica que es, *actúa* a través de sus órganos naturales, que son los funcionarios. El daño causado por éstos es daño *producido por el Estado*, y en consecuencia es el Estado quien responde de él. Por tanto, la regla es la responsabilidad del Estado, con arreglo al mandato general del artículo 1.902.

Sobre esta base, al párrafo quinto del artículo 1.903 se asignaba el sentido de ser una fórmula de responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado por los daños causados por un «agente especial» del mismo.

Pero como decíamos más arriba, estas discrepancias interpretativas no tienen ya más valor que el histórico y el de poner de manifiesto una interesante cuestión doctrinal, que pronto nos conduciría a la problemática medular de las personas jurídicas en general.

En nuestros días, la responsabilidad de la Administración se asienta sobre otras bases legales.

La Ley del Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 implantó la responsabilidad directa o la subsidiaria de las Entidades locales por los daños y perjuicios que a los particulares irroga la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes (art. 415).

Con posterioridad, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 estableció en su artículo 121 que dará lugar a indemnización *«toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.»*

Santos Briz pone de relieve que la Ley de Expropiación Forzosa, a diferencia de la de Régimen Local, suprime la alusión a la culpa del agente y reserva el derecho de regreso de la Administración contra los causantes de los daños.

El proceso ha culminado con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 40 establece que *«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»*

Esta regla consolida el principio de responsabilidad de la Administración de una forma en verdad satisfactoria para el particular, concorde con las exigencias del tiempo presente y razonablemente despegada del requisito de la culpa.

El cuadro se completa con la previsión del artículo 41 de la propia Ley de Régimen Jurídico, al decir que «*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*».

Sobre el fundamento de la responsabilidad de la Administración en los sistemas jurídicos modernos, vid. Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1983, en concreto páginas 294-315.

Acudiendo ahora a la sentencia que comentamos, parece evidente que, aunque la Sala no lo diga, está acogiendo la interpretación que llamaríamos «avanzada» del párrafo quinto de la remisión a éste que aquél hace.

En efecto, se observa que el Tribunal no formula reparo alguno a la circunstancia de que para fundamentar la reclamación de indemnización la actora citase dichos preceptos sustantivos. Esta circunstancia, unida a la condición de funcionario del policía causante de muerte, denota sin lugar a dudas que la Sala decreta la responsabilidad del Estado por entender que *fue éste quien actuó a través del agente*, que el agente en cuestión no fue sino un *órgano del Estado* y que por tanto responde éste *por acto propio, no por hecho ajeno*.

IV. JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION

El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que la responsabilidad, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, «*habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios*». Se trata de una regla de competencia judicial que, *a sensu contrario*, conduce a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se reclame indemnización de daños causados por la Administración pública como tal.

Por su parte la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 establece en su artículo 3.º, apartado b), que dicha jurisdicción conocerá de *las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*.

García de Enterría y Fernández (*Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1982, páginas 375-376) sintetizan la opinión común de los administrativistas señalando que se debe limitar la excepción de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al *caso único* de la gestión industrial y mercantil de la Administración y al de la gestión del patrimonio privado. «En todos los demás casos —dicen estos autores— hay que entender que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

Sin embargo, en la citada obra *Lecciones sobre responsabilidad civil* (páginas 73-74) señalaba uno de los autores de este comentario que la regla jurisdiccional mencionada no está operando en la práctica con la claridad y precisión que serían de desear. Y refería una serie de sentencias reveladoras de cierta confusión al respecto. Eran las siguientes:

La Sentencia de 15 de octubre de 1976 resuelve un problema que puede plantearse con frecuencia en la práctica: cuál es la jurisdicción competente cuando se reclama indemnización a uno o más particulares y a la vez a la Administración por actos de sus órganos en el cumplimiento de funciones de Derecho público. En aquel caso se demandó a una empresa de suministro de energía eléctrica y al IRYDA, por los daños resultantes de un incendio debido al contacto de dos cables de alta tensión, propiedad de las dos entidades. Se demandó también al Estado, por presunta negligencia de la Delegación de Industria correspondiente, que no había verificado de manera adecuada la instalación de las líneas. El Tribunal Supremo condenó solidariamente a los tres demandados, y ante la alegación de incompetencia de la jurisdicción civil para condenar en este caso al Estado dijo que «... determina la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria civil, por ser atractiva, pues en otro caso cabría la posibilidad de fallos separados y contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico».

También creemos digna de mención la solución adoptada por las sentencias de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1977, que han declarado la competencia de la jurisdicción ordinaria civil en reclamaciones que, por sendos accidentes de circulación, se han dirigido contra conductores de vehículos del Estado (uno de ICONA y otro del Ministerio del Ejército) y contra los respectivos Ministerios (Agricultura y Ejército), estos últimos como responsables subsidiarios. El Tribunal Supremo justifica su decisión aduciendo que «el daño o lesión no ha sido consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, sino que se ha producido por una incidencia, marginal al servicio, provocada por la negligencia de uno de los agentes que intervienen en él, contra quien se dirige la acción civil nacida del artículo 1.902 del Código civil...».

Más significativa aún, porque en este caso sólo resultó condenada la Administración, es la sentencia de 18 de abril de 1977.

Doña María del Carmen G. C. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Arrecife demanda contra don R. T. de P., por sí y como Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de dicho Municipio, sobre indemnización de daños y perjuicios.

El hecho que fundamentaba la demanda era la muerte del esposo de la demandante, producida al caer en un pozo que era propiedad del Ayuntamiento y que carecía de protección o aviso de peligro. La demandante invocaba la negligencia de la parte demandada, en base al artículo 1.902 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la excepción de incompetencia y sin entrar en el fondo del proceso, desestimó la demanda.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, y declarando la incompetencia para conocer de lo pedido a don R. T. de P., como Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife, le absolvió por no estar pasivamente legitimado, y condenó a dicho Ayuntamiento a pagar a la actora la cantidad de 500.000 pesetas e intereses legales de esta suma desde la firmeza de la sentencia.

El demandado interpuso recurso de casación, basándose, entre otros

motivos, en el exceso de jurisdicción, por entender que la Audiencia había conocido de un asunto que no es competencia civil sino administrativa. Se acusaba la violación por no aplicación de los artículos 128 y 121, 1.º, de la Ley de Expropiación Forzosa, así como del 3.º, apartado b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y por aplicación indebida de los artículos 407 y 414 de la Ley de Régimen Local.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y en relación con la pretendida incompetencia dijo: «... debe oponerse (a la argumentación del recurrente) que como consecuencia de los términos en que se plantea la demanda, el fundamento de la misma y la invocación del artículo 1.902 del Código civil, el pleito discurre dentro del ámbito adecuado, al conocer la jurisdicción civil de una materia que claramente corresponde a la misma, en la que la parte actora ha de probar, tanto el hecho dañoso, muerte del esposo de la demandante, como la de ser el hecho debido a la negligencia de la parte condenada, da lugar a deber estimarse como aplicables los preceptos que el motivo acusa como infringidos, por ser de modo directo los demandados condenados aquellos a quienes incumbía preverlo, adoptando las medidas para impedir la causación del daño, esto es, medidas de aviso y seguridad para evitar accidentes, éste y otros de igual naturaleza y gravedad, y dan lugar en primer término a aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 1.902 del Código civil, no se trata, en suma, del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos, sino de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta pone de manifiesto la negligencia de los que por sus funciones están obligados a adoptarlas...».

Por su parte, Santos Briz (*La responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, 1981, páginas 678-683) hace un análisis de la jurisprudencia más significativa al respecto, en la que —a nuestro juicio— no se aprecia una línea de adecuada continuidad ni absoluta fidelidad a los textos legales. Parece como si la Sala Primera, en concreto, se hubiera mostrado especialmente propicia a la tesis de la «fuerza atractiva» de la jurisdicción civil y como si lo que pretendiera, en el fondo, fuese evitar a los perjudicados demandantes las ingratas consecuencias de un error a la hora de decidir entre una u otra jurisdicción. En definitiva, el deseo de evitar el «peregrinaje de jurisdicciones» a que por primera vez se refiere explícitamente, con tan gráficas palabras, la sentencia que ahora comentamos.

Un dato a tener presente en la cuestión que examinamos es el Decreto de competencia número 1.804, de 7 de septiembre de 1960, que remite a la jurisdicción ordinaria en los casos de actos cometidos por funcionarios, cuando estos actos, por no ser de Administración y si de *conducta extraadministrativa de aquéllos*, no pueden considerarse derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

A este respecto dice con acierto, a nuestro juicio, Santos Briz (*op. cit.*, página 683) que «para ser aceptable el criterio mostrado en el Decreto de referencia habría de explicarse hasta dónde llegan los llamados 'actos de propia gestión' del Estado, ya que en principio nada obsta que estos actos puedan referirse a la actuación estatal a título particular. Además —añade—, habría de estar claro qué haya de entenderse como 'conducta extraad-

ministrativa' de los funcionarios. Podría considerarse tal toda aquella conducta impropia o inadecuada para la normal gestión de un servicio público o de un acto administrativo. El problema, en definitiva, radicaría entonces en concretar si una tal conducta implicaría un servicio público 'anormal', o si ya estaría fuera del funcionamiento de este servicio, tanto si es normal como si es anormal. En este último caso —termina Santos Briz— la competencia para entender de la reclamación de daños recaería en la jurisdicción ordinaria».

La alusión a la «conducta extraadministrativa» de los funcionarios podría entroncar con el razonamiento de la Sentencia de 18 de abril de 1977, que antes hemos citado. Obsérvese que en ella se dice que la falta de señalización del pozo en que cayó el esposo de la actora, muriendo por la caída, no se trata del funcionamiento normal o anormal del servicio público, sino de la omisión de medidas de seguridad que ponen de manifiesto la negligencia de quienes estaban obligados a adoptarlas.

Es como si en la sentencia que ahora comentamos se dijera que disparar a un detenido no constituye acto de ejercicio de un servicio público, sino una imprudencia ajena al desenvolvimiento de lo que tal concepto (servicio público) significa, en el que cabe un funcionamiento normal o anormal. En una palabra, sostener que el hecho de autos no fue un acto de servicio público, ni siquiera en su modalidad de ejercicio anormal.

Lo que en definitiva queda claro es que la elección de una u otra jurisdicción se convierte en la práctica, con todos estos antecedentes tan movedizos, un casi una cuestión de «azar», en la que un desacierto en la opción acarrea consecuencias lamentables. Por ello, encuentra explicación la solución que el Supremo adopta en la sentencia comentada, precisamente —se dice de forma expresa— para evitar ese «peregrinaje de jurisdicción» que habría determinado la estimación de la excepción propuesta por el Abogado del Estado.

Pero aún queda una cuestión medular que resolver o por lo menos que plantear. Nos referimos a la posibilidad de que la solución de la Sala sea correcta sin necesidad de invocar los argumentos periféricos que en la sentencia se aluden. En concreto, la cuestión, en el sentido de pregunta, podría formularse de la siguiente manera: ¿Existe libertad de elección por el demandante, de suerte que si reclama indemnización por daños a la Administración en base a los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil puede entablar la demanda ante la jurisdicción civil, y si en cambio lo hace al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha de seguir la vía jurisdiccional contencioso-administrativa?

El punto de partida de esta sugerencia vendría dado por el tipo de Derecho material invocado para fundamentar la reclamación. No parece haber duda de que el citado artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico no derogó los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil en lo que hace a la responsabilidad del Estado ni afectó a la doctrina que interpreta el primero de ellos diciendo que en él se consagra la responsabilidad de la Administración *por acto propio* cuando el autor del daño es el funcionario que tuviera encomendada la actividad lesiva.

Si esto es así, se nos ocurre que la pretensión de indemnización contra el Estado podría encauzarse por dos caminos materiales y jurisdiccionales, a elección del perjudicado.

De un lado, estaría facultado para reclamar la indemnización en base a los citados preceptos civiles (supuesta la moderna interpretación del artículo 1.902 en cuanto a daños causados por funcionarios en el desempeño de sus funciones), ante la jurisdicción civil. Sería, por ejemplo, el caso de la sentencia que nos ocupa, en que se reclama directamente al Estado sobre las reglas del Código civil. Fórmula de responsabilidad directa, no subsidiaria, que entendemos correcta, aunque se dé la curiosa circunstancia de que en su demanda la actora hable de «responsabilidad subsidiaria» de la Administración, no obstante no demandar al funcionario causante del daño.

Si, por el contrario, se establece la demanda al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, habría de ser la jurisdicción contencioso-administrativa la competente, aplicando al efecto, en cuanto al fondo, el Derecho material constituido por dicho precepto y la doctrina que lo interpreta.

Insistimos en que esto es una mera sugerencia, pero en realidad el examen de la jurisprudencia parece abonarla.

La sentencia comentada comienza por entender que es manifiesto que se produjo una actuación... en el *funcionamiento de un servicio público*. Ciertamente que, a través de razonamientos ulteriores, nunca proclama explícitamente que, como en primera instancia y apelación sostuvieron el Juzgado y la Audiencia hasta el punto de fundar en ello su pronunciamiento desestimatorio, esa circunstancia es el dato de conexión que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado tiene en cuenta para responsabilizar a la Administración por el daño causado y el 3.º b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para deferir a la misma el enjuiciamiento de las pretensiones de responsabilidad de la Administración del Estado. Pero todo el razonamiento que completa el *considerando* 1.º no resulta de aplicar el precepto administrativo— pues ello supondría aplicar normas materiales para cuya aplicación el orden civil sería incompetente—y sí criterios de responsabilidad subjetiva que, como del resto de la resolución se desprende, basculan sobre la aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuya acción directa contra el Estado viene en definitiva a acogerse, ya que no se ha demandado al causante del daño por *culpa in agendo* y sí a su principal por *culpa in vigilando*. Sin embargo, se reconoce expresamente que en casación civil se está enjuiciando la cuestión de la reparabilidad de un daño imputable a la Administración. La imputación se define híbridamente, pues, de una parte, se invoca la condición de titular (debió decirse gestora o prestadora) del servicio —expresión inexacta, pues se es titular del órgano de la Administración que cumple la función constitutiva del servicio público— y se reitera implícitamente el supuesto del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aunque seguidamente se alude a la reparación *material* y *moral* del daño, siendo así que la responsabilidad administrativa de dicho precepto sólo comprende el *daño material*. La acción civil *secundum eventum litis* sí que

abarca la compensación de los daños materiales y morales (art. 104 del Código penal), contenido también propio de la que, subsistiendo en caso de absolución penal, se basa en los artículos 1.902 y siguientes del Código civil.

Puede, en suma, decirse que la sentencia comienza contemplando las contradicciones que va a verse en la necesidad de superar, por cierto con formulaciones muy sintéticas y acaso merecedoras de un análisis más detenido, dados la novedad que suponen y el compromiso doctrinal que introducen. No en vano el segundo fundamento de Derecho llama *consideraciones generales del caso* a la presentación del punto de arranque y a las contradicciones que acaban de exponerse.

Es preciso todo un despiece didáctico para sistematizar e interpretar las proposiciones que muy densamente integran la compleja trama doctrinal del *considerando* 2.º toda vez que son obligadas varias reflexiones.

Si antes hace saber el Tribunal Supremo que la responsabilidad aquí discutida se invoca en virtud del funcionamiento de un servicio público, ahora asegura —de modo terminante y explícito— que el artículo 4.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 3.º de la de Jurisdicción Contencioso-administrativa consagran la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo en los casos de reparación del daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. No parece dudarse de que la cuestión de responsabilidad deba conocer esa jurisdicción especializada.

La diversión dialéctica se inicia acto seguido cuando señala el Tribunal Supremo que el tema de la atribución de competencia es de *muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa*. Con ello parece insinuarse que la seguridad de que un daño se repara siempre a través de una sentencia judicial es la básica garantía y que, al perder destaque o ser secundario el que la reparación se acuerde por órganos de una u otra jurisdicción, no merecen censura las proposiciones que van a defenderse para trasladar al orden civil la competencia que, de una parte, se refiere a una relación jurídico-pública —pues atañe a la pretensión de responsabilidad que se origina en el funcionamiento de un servicio disciplinado por el Derecho administrativo y no por el Derecho civil— y, sin embargo, se ejercita en la aplicación de normas materiales de Derecho civil, como va a hacer aquí la casación. Con otras palabras, la naturaleza de la duda pendiente no permite tratar un supuesto de Derecho público con reglas materiales de Derecho privado, pero como esta objeción llevaría a declinar la jurisdicción en los mismos términos que el Juzgado y la Audiencia Territorial lo han hecho, el Tribunal Supremo intentará justificar la sujeción de la hipótesis al orden jurídico privado para asumir así la competencia que autorice la solución del problema sustantivo por la Sala 1.ª de la Civil.

Advierte la sentencia comentada que el tema se ve peligrosamente abocado a lo que, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, una prestigiosa doctrina ha llamado un *peregrinaje de jurisdicción*. Ello no puede menos de evocar la interrelación de los artículos 9.2 y 24.1 de la Constitución. El constituyente no enfatiza una *protección efectiva* para todos los

derechos en particular; si lo hace cuando alude a la tutela judicial es porque, consciente de la depresión o insuficiencias que puede sufrir, proyecta sobre el artículo 24.1 el compromiso general de la acción transformadora del artículo 9.2. Evitar el peregrinaje de jurisdicción equivale a suprimir el peligro que el Tribunal Supremo considera obstáculo a la igualdad del litigante *peregrino* respecto de quienes pueden acceder a la jurisdicción adecuada sin más dilaciones que las indispensables.

Según un juego de valores, el Tribunal Supremo es consciente de que no puede conciliar dos de los beneficios que ha reconocido el artículo 24.2 de la Constitución; si se respeta el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley —admitiéndose la incompetencia de la jurisdicción civil y atribuyéndose la *cognitio del litigio* al orden contencioso-administrativo— se reinicia aquel peregrinaje y el proceso pasa a adolecer de una indebida dilación. Si la *justicia* es un valor superior del ordenamiento jurídico —cuya estructura rompe por cierto, la morfología de la pirámide kelseniana e introduce una especie de iusnaturalismo secular o moralidad legalizada—, la lectura del artículo 24.2 evidencia que, a la luz de esa impregnación axiológica es preferible no aplazar la reparación del daño, aunque la decisión de resarcirlo emane de un orden dudosamente competente, que encomendarla al que lo es y producir una demora injusta a todas luces.

Lo esencial del discurso del juzgador de casación puede condensarse en esta apreciación valorista: *Es suficiente garantía del perjudicado la que consiste en no aplazar por más tiempo la fijación por un órgano jurisdiccional de la indemnización a que puede hacerle acreedor el daño causado por un servidor de la Administración pública.* Un Tribunal anglosajón hubiera usado de sus prerrogativas de equidad en estos o parecidos términos. De «sentencia de equidad» habla el profesor Rodrigo Bercovitz en su magnífico comentario a esta resolución en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, número 3, páginas 814 ss.

Avanzando algo más en la intuición de los móviles del razonamiento judicial, se advierte cómo la cuidadosa positivización que el artículo 24.2 de la Constitución hizo del derecho al juez ordinario predeterminado en la ley —en sustitución del *derecho al juez natural*, que figuraba en el Anteproyecto— es obviada por los juzgadores de casación, que superan la doctrina del *iudex naturalis* y entienden satisfecho el contenido esencial del derecho con la sola intervención de un *órgano jurisdiccional*, sin otras adjetivaciones.

No obstante las anteriores conclusiones a que conduce la lectura de los pasajes iniciales de la sentencia comentada, ésta mantiene luego el criterio de competencia del orden jurisdiccional civil por razones distintas de las que podían inspirarse en la tesis político-jurídica expuesta. El Tribunal Supremo se ve ciertamente tentado de anclar su autoatribución de competencia en una posición tan novedosa como la presentada, pero acto seguido prefiere acumular a ella las procedentes de una actitud más tradicional.

La competencia del Tribunal Supremo se afirma para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la Autoridad penal a la vía ordinaria, en virtud de haberse declarado extinguida la presunta de aquel orden por un indulto tan inusual como anticipado.

Es ésta una afirmación en que sin anteponer los argumentos sobre los que se ha discutido, pudo el Tribunal Supremo fundar exclusivamente su competencia. Lo ha hecho preceder de una reflexión de política del Derecho en la que, sin embargo, no ha llegado a fundar su asunción de competencia de modo exclusivo. Un cierto *wishful thinking* se atisba en orden a resolver tan sólo con esta base, pero ahí queda, como una oblación al signo de los tiempos, puesto que acto seguido usa de categorías convencionalmente técnico-jurídicas para resolver el problema. Aunque después insista en argumentos valoristas, que mezcla con la directriz del mero discurso lógico-jurídico, y llegue incluso a hablar de *dudosa cuestión competencial*.

El Tribunal Supremo se sitúa en un plano de causalidad hipotética y entiendo— aunque explícitamente no lo diga— que el indulto es un *factum principis* que, además de extinguir las responsabilidades penales declaradas por sentencia firme, ha cortado el proceso penal pendiente en este caso, impidiendo que se declarase la responsabilidad penal del servidor de la Administración —que, según el artículo 19 del Código penal hubiese acarreado la civil conforme a los artículos 101 y siguientes del mismo cuerpo legal— o que, de habersele absuelto, se reservara al perjudicado el ejercicio de la acción reparatoria. Viene el Tribunal Supremo a sostener que —con tales antecedentes— la *aeditio actionis* aparentemente fundada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ante la jurisdicción civil debe llevar sin incongruencia a sustituir la invocación de este precepto por la de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil dada la etiología que de la acción ejercitada es propia. No duda el Tribunal Supremo en afirmar que se está ante responsabilidades *ex delicto* susceptibles de declararse como *pura secuela de la sanción penal* o que, si se reservó la acción en la sentencia penal absolutoria, hubieran podido ser *enjuiciadas civilmente*.

Es lo mismo que si los juzgadores de casación hubieran afirmado: *El indulto que pone fin a un proceso penal pendiente e impide su terminación normal por sentencia firme constituye una fuerza mayor que no puede perjudicar el interés del titular de las acciones civiles de responsabilidad ligadas al hecho presuntamente delictivo*; es una obligación de los Tribunales remover el obstáculo existente a la igualdad de dicho titular con quienes, en virtud de una sentencia penal, han logrado la reparación o conservado su derecho a accionar ante la jurisdicción civil. La calificación del indulto como *vis maior* está explícita en la referencia que la sentencia comentada hace a los juegos de azar que el mismo indulto ha propiciado.

El Tribunal Supremo atribuye a estos juegos de azar el resultado de un desplazamiento de esa responsabilidad civil que, de no ser llevada nuevamente a un área de competencia judicial, quedaría imprejuizable en una especie de tierra de nadie donde la situarían: 1) La anomía creada por el indulto, pues el auto de sobreseimiento dictado en aplicación del mismo sólo hizo una reserva genérica de acciones, sin especificar si ésta concernía —lo que, de otra parte, no hubiese resuelto demasiado, dado el valor que a la reserva se adjudica como declarativa y no constitutiva— a la nacida del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (responsabilidad

cuasiobjetiva) o a la emanada del artículo 1.903, párrafo quinto del Código civil (responsabilidad subjetiva por *culpa in eligendo*). 2) El aplazamiento o dilación implícita en la estimación de la cuestión de competencia que la Administración pública demandada propuso.

La tesis tendente a mantener la competencia del orden jurisdiccional civil descansa precisamente en la necesidad de eliminar estos reparos y no tomarlos en consideración.

En la recta final del razonamiento —apoyado ahora en explícitos preceptos constitucionales que no sistematiza del todo— la competencia judicial civil se justifica:

- 1) Por la razón histórica concomitante de que la jurisdicción civil es, ante la duda suscitada, atractiva y matriz de las especializadas.
- 2) Por la lesión del valor justicia que entrañaría la irreparable lesión o perjuicio consistente en no atender de inmediato a las necesidades físicas y espirituales de siete menores de edad.
- 3) Por la sujeción de los poderes públicos al orden constitucional de valores cuyo cuadro general traza el artículo 1.1 de la Constitución.
- 4) Por la necesidad de proteger un interés legítimo que se ha originado en la lesión del derecho a la vida (art. 15 de la Constitución).

Para fortificar su criterio concluye el Tribunal Supremo con una observación metodológica sobre la aplicación de la Constitución por los jueces ordinarios que provoca estas reflexiones:

- 1) Cierzo que los Tribunales, al aplicar las disposiciones incluso de rango legal han de efectuar un juicio —primario o condicionante— de constitucionalidad.
- 2) A toda tentación de estimar inconstitucional una norma con rango de ley —anterior o posterior a la Constitución— debe acompañar una reacción disuasoria por la que en vez de implicarse en el juego de la inconstitucionalidad originaria o sobrevenida, el Juez o Tribunal se esfuerce en preservar la subsistencia de aquélla, procurando una interpretación de la misma conforme al criterio contextual que, según el artículo 3.1 del Código civil, es también la Constitución.
- 3) La inconstitucionalidad originaria se refiere a leyes posteriores a la Constitución y es planteada por los órganos judiciales a través de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la norma fundamental, si se da *contradicción* con ésta.
- 4) La inconstitucionalidad sobrevenida concierne a normas preconstitucionales con rango de ley, si bien se admite el tratamiento de las cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad, debe operar mediante el efecto de la disposición derogatoria 3 de la Constitución, que los jueces ordinarios utilizarán para inaplicar el precepto o preceptos *opuestos* a la Constitución.

La sentencia comentada contiene afirmaciones que sólo en parte coinciden con las acabadas de exponer, ya que:

1) Introduce una distinción entre los cometidos de *invalidación e inaplicación* que pueden ejercer los Tribunales ordinarios al apreciar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal.

2) La negación de validez —que ha de suponerse *inter partes* y nunca *erga omnes*, a causa del efecto del artículo 1.257 párrafo 1.º, del Código civil— resultaría de la contradicción de la norma eventualmente inconstitucional con el cuadro de *valores básicos* —¿los mismos *valores superiores* del artículo 1.1 de la Constitución?— constitucionalmente establecidos y, ante la falta de distinción que hace el Tribunal Supremo, afectaría incluso a las leyes postconstitucionales, sin necesidad de acudir al trámite del artículo 163 de la Constitución.

3) Ello permitiría el desarrollo de una jurisprudencia o, si se prefiere, un judicialismo valorista, con tan amplias facultades de inhabilitación de las leyes que, entre otros efectos, vaciaría de contenido el artículo 3.2 del Código civil, haciendo posibles soluciones basadas íntegramente en la equidad.

4) No aclara la sentencia comentada que la inaplicación de normas que —como las aquí conducentes a fijar la competencia contencioso-administrativa— restrinjan la efectividad de la tutela judicial o perpetúen una indefensión contraria al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución, sólo es dable respecto a las de origen preconstitucional, matiz que, a efectos de doctrina, habría sido conveniente.

V. LA INDEMNIZACION ESTABLECIDA POR LA SEGUNDA SENTENCIA. SU CUANTIA Y OTROS EXTREMOS

Para no incurrir en este punto en innecesarias repeticiones nos remitimos al comentario que de esta sentencia ha hecho el profesor Rodrigo Bercofritz arriba citado sobre todo en las páginas 821-823. Son muy jugosas sus apreciaciones sobre la cuantía de la indemnización que concedió la Sala Primera en comparación con las usuales en caso de muerte y en concreto con la de la Sentencia de la Sala Segunda de 16 de mayo de 1983 (recaída en el conocido «caso Almería») que la sentencia comentada cita expresamente como antecedente significativo.

Con todo consideramos oportunas algunas reflexiones sobre este extremo de la indemnización y su cuantía.

Desde luego el principio doctrinal y práctico de la reparabilidad de los daños corporales no ha adquirido un grado de desarrollo igual al de otras nociones que —como las de culpa y riesgo— nacieron contemporáneamente y merecieron mucha más atención. El daño se concibe como lesión de un derecho o lesión de un interés a la luz del artículo 24.2 de la Constitución y su evaluación ha sido objeto de más disgresiones sobre la generosidad de los Tribunales al establecerla que de esfuerzo sistemático para racionalizarla.

El caso examinado muestra cómo el criterio de fijación del resarcimiento por muerte debida a una acción negligente del servidor público y culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la Administración pública (arts. 1.902 y 1.903 párrafo quinto del Código civil) no es detallado en demasía. Es aconsejable recordar cómo afluyen a la reparación del daño *lato sensu* los varios elementos que la componen.

Ante todo los herederos de la víctima le suceden en aquellas acciones que deriven de daños ocasionados por el hecho determinante de su muerte y ocurridos entre el mismo y el fallecimiento (arts. 651 y 659 del Código civil). Se comprenden aquí los gastos de asistencia médico-farmacéutica y las pérdidas o detrimentos experimentados por su forzosa inactividad durante ese espacio de tiempo. Se incluiría también la acción con que aun en vida el finado hubiese reclamado un *pretium doloris* compensatorio de su sufrimiento y angustia ante la muerte.

Por lo demás los perjudicados en virtud del fallecimiento, que ven lesionados sus intereses o derechos, pasan a ser titulares de acciones que surgen en sus patrimonios a título originario y no se les transmiten *mortis causa*. La distinción entre daños y perjuicios (art. 1.106 del Código civil) subsiste en los artículos 101 y siguientes del Código penal por un efecto de arrastre histórico, sin haberse cuidado de fundir unos conceptos que difícilmente pueden independizarse y dar lugar a responsabilidades diferentes.

La reparación del daño moral sufrido por la muerte se admite en la jurisprudencia y expresamente está reconocida en el artículo 104 del Código penal. Problema difícil es individualizar el grupo de personas que experimentan dicho daño si bien la afectación que lo engendra debe presumirse respecto a todos los componentes de una familia aparentemente vinculados a ella y no sensiblemente disgregados de la unidad que pueda mantener.

El daño material existirá siempre que a consecuencia del fallecimiento, dejen los allegados del finado de obtener los medios de subsistencia u otras atenciones esenciales procurados por éste. La distinción entre si tales recursos se obtenían en virtud de un deber jurídico o en calidad de mero hecho es relevante para establecer si existe derecho subjetivo o interés necesitado o no de protección.

En ambos casos —daños materiales y daños morales— la individualización del grupo de perjudicados de la colectividad de sujetos beneficiarios de la reparación resulta de fijar un mecanismo de sucesión triangular, donde se adquiere por estos sucesores *sui generis* un valor que, con causa de la muerte de la víctima, va a extraerse del patrimonio del declarado responsable. Una nueva entidad familiar se configurará así.

Vigente la Constitución, el principio de reparación íntegra del daño parece estar fuera de duda. Si el artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida, atentaría contra el contenido esencial del mismo —que el artículo 53.1 manda respetar— cualquier solución por la que circunstancias extrañas a la necesidad de compensar la totalidad de detrimento sufrido por los perjudicados provocasen una minoración del mismo. Ello llevaría a tachar de inconstitucional —en régimen de inconstitucionalidad sobrevenida— el artículo 1.103 del Código civil, pues cualquiera que sea el compo-

nente equitativo que la expresión «... según los casos» represente, siempre aparece en pugna con el contenido esencial del que la integridad reparatoria es inseparable. Ese precepto aparece, pues, negativamente afectado por el efecto de la disposición derogatoria 3 de la Constitución, sin necesidad de indagar su origen histórico, curioso por lo demás y expresivo de la propensión que la respetabilidad social del responsable por negligencia creaba a la inhibición en fijar indemnizaciones justas. Si los artículos 1.101 y 1.103 del Código civil por separado sólo implican una diferencia de criterio que, en el segundo caso, lleva a confundir la indemnización con una sanción a la dosis de culpabilidad del sujeto, el precedente de aquéllos es mucho más explícito. Se trata del artículo 47 del primitivo proyecto francés del año VIII (lib. 3, cap. 2, sec. 3), donde se preceptuaba que *si no hay dolo por parte del deudor, debe el juez tasar con cierta moderación los daños y perjuicios*. La fórmula es una oblación al derecho de propiedad —al que se sacrifican así los derechos dañados— de una época en que sólo el deudor doloso es civilmente peligroso, por emplear una expresión que presta el Derecho penal pues no se piensa en responsabilidades nacidas del riesgo o el contacto social, que a la sazón tampoco pueden preverse.

Todo este razonamiento se ha de poner en conexión con los límites de la cadena causal que establece el artículo 1107 del Código civil y que no significan una moderación por razón de la culpabilidad o actitud psicológica, sino una regla de seguridad para establecer, admitiendo la prueba en contrario, el límite en que ese efecto físico se contiene y detiene. Las consecuencias necesarias del artículo 1.107 del Código civil suponen un juicio de valor sobre el alcance y detención del proceso causal para fijar una responsabilidad por culpa, donde causalidad y culpabilidad son independientes, al determinar respectivamente el *si* y el *cuánto* de la propia responsabilidad. La responsabilidad del deudor de mala fe por los daños y perjuicios de su incumplimiento que conocidamente se deriven (art. 1.107) implica una presunción atacable con la prueba eficaz de que una parte de los mismos se deben a procesos causales ajenos a la conducta de aquél y que no permiten poner a su cargo el daño derivado de ellos.

Cuando el artículo 103 del Código penal dice que la reparación de los daños se hará a *regulación* del Tribunal, concede un poder equitativo de evaluación que, a primera vista, impide en casación reexaminar los criterios con que el daño se valora y el resultado de los cálculos efectuados al respecto.

El problema actual consiste en admitir o rechazar que el artículo 3.2 del Código civil constituya una norma susceptible de denunciarse como infringida en un recurso de casación, invocando la ruptura de la equidad que pueda suponer la omisión de un elemento notable para la integridad de la indemnización o la imperfección de las operaciones derivadas de una apreciación no equitativa de sus componentes. No hay duda que esta posibilidad de revisión permitiría criticar unas valoraciones en que, aun insensiblemente, los Tribunales pueden dar cabida a elementos tales que la intensidad de la culpa del agente, la culpa del perjudicado, la dosis de necesidad de este último e incluso la presencia de un asegurador, a la disminución de cuyo patrimonio se es menos sensible.