

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **La Jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Sentencia del Tribunal de Conflictos de 17 de diciembre de 1991 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 1992).**

*M<sup>a</sup> Concepción Barrero Rodríguez*

Profesora Titular de Universidad  
Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. LA LEGISLACION APLICABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD. III. LA CONFUSION DE LA JURISDICCION CIVIL. LA SENTENCIA DE LA SALA 1<sup>a</sup> DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 1986: PRONUNCIAMIENTOS Y VALORACION. IV. INTERVENCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA OCASION PERDIDA. V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 17 DE DICIEMBRE DE 1991. VI. VALORACION DE LA SENTENCIA. VII. RECAPITULACION.

#### I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Hace ya más de veinte años, Clavero Arévalo destacaba cómo la responsabilidad patrimonial de la Administración se residenciaba de manera confusa en las Jurisdicciones civil y contencioso-administrativa y que los quince años anteriores no habían sido pacíficos ni en la regulación del instituto de la responsabilidad administrativa ni, mucho menos, en la clarificación del orden jurisdiccional llamado a conocer de los conflictos que su aplicación suscita (1).

---

(1) *«La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración»*. RAP núm. 66 1971, hoy reeditado en *«Estudios de Derecho administrativo»* Ed. Civitas e Instituto García Oviedo, 1992, págs. 229-254.

Clásicos en la materia son los estudios de L. MARTIN RETORTILLO *«Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción»*, publicado en el número 42 (1963) de esa misma Revista págs. 169-214 y de J. LE-

La verdad es que durante los años siguientes se ha producido un notable avance en la definición y concreción jurisprudencial de los rasgos y requisitos fundamentales de la responsabilidad administrativa; así como una constante evolución de la institución civil de la responsabilidad extracontractual, regida por los artículos 1902 y siguientes del Código civil, la cual sin abandonar el principio de culpabilidad que la fundamenta, ha ido paulatinamente incorporando criterios de cuasi objetivación. No obstante, poco o nada se ha avanzado en la fijación concreta del ámbito jurisdiccional en que la responsabilidad administrativa ha de desenvolverse; antes al contrario, la confusión ha ido creciendo, pudiendo afirmarse, sin exageración alguna, que en la actualidad los dos órdenes jurisdiccionales están conociendo indistintamente de cuestiones similares, con grave quiebra, entre otras cosas, del principio de impropiedad jurisdiccional consagrado en el artículo 9.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Un estado de cosas del que ha llegado a hacerse eco la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, como enseguida veremos, aunque desgraciadamente sus pronunciamientos no hayan acertado a resolver definitivamente la cuestión.

Hay que cargar, sin duda, sobre las espaldas del legislador la ausencia de preceptos claros y contundentes en la materia, así como su ineficacia para dar respuesta a las disfuncionalidades que se producen en la aplicación de las leyes (2); aunque alguna culpa haya que imputar también a la propia jurisdicción civil, empecinada, desde siempre, en el mantenimiento de su fuero.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha dictado en 17 de diciembre de 1991 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 1992) una sentencia que no contiene ninguna novedad absoluta, pero que es clarificadora de la cuestión y que, de ser atendida por los Tribunales civiles, podría suponer un importante ele-

GUTINA VILLA, «La responsabilidad civil de la Administración pública», Madrid 1970 o el más reciente de J. GONZALEZ PEREZ «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción». REDA núm. 4, 1975.

(2) Puede ilustrarse esta afirmación con un ejemplo reciente que lleva camino de convertirse en otro semillero de importantes conflictos. Me refiero al ámbito del juicio verbal consagrado la Ley 3/1989 para la responsabilidad civil derivada de daños producidos por la circulación de vehículos. Ya están lloviendo Sentencias contradictorias en toda España, desde la que afirman que el juicio verbal está sólo indicado cuando se reclama responsabilidad del conductor, hasta las que sostienen su procedencia cuando se produce daño a un vehículo, incluso parado, en las más variadas circunstancias.

Nada, sin embargo, tan sorprendente como el supuesto a que se refiere T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ sobre la competencia para conocer el recurso de revisión que regula el artículo 249 de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario; espectáculo que el autor califica de «espectáculo y kafkiano» (RAP núm. 125, 1991 págs. 485-493). La propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en auto de 2 de septiembre de 1991 (Ar. 6462, Ponente Martínez Emperador) ha terminado por declararse incompetente para conocer de estos recursos y plantear a la Sala de lo Contencioso (que también lo había hecho) un conflicto de jurisdicciones.

mento ordenador de sus propias competencias en el ámbito de las reclamaciones sobre responsabilidad administrativa. Voy a exponer su contenido, más no sin situarlo previamente en el contexto normativo y jurisprudencial en el que se enmarca.

## II. LA LEGISLACION APLICABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD.

Como afirmaba Clavero Arévalo fue la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante LEF), con el antecedente de la Ley de Régimen local de 1950, la que abrió una brecha en la unidad jurisdiccional consagrada en la Ley de Administración y Contabilidad, que asignaba a los entonces llamados «tribunales ordinarios», es decir, a los del orden civil, el conocimiento de las reclamaciones contra la Administración del Estado, por los daños ocasionados por su actuación. El artículo 122 de la LEF reguló la reclamación de la responsabilidad, tan progresivamente instituida en su artículo 121 (3), y señaló la procedencia del recurso contencioso-administrativo contra los actos denegatorios de las correspondientes peticiones.

Fue, sin embargo, la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (en adelante LJCA) la que efectuó una asignación total a este orden jurisdiccional de las cuestiones que se plantearan sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Su artículo 3 b), «La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de ... las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública», despejaba cualquier duda sobre cuál era la jurisdicción competente en la materia. Lo que, por otra parte, era consecuente con la definitiva judicialización del orden contencioso, que pasó a ser una jurisdicción plenamente ordinaria y con vocación de comprender la revisión de toda la actuación administrativa.

Desgraciadamente, tan tajante afirmación de unidad jurisdiccional fue inmediatamente deshecha por un precepto quizás desafortunado y, desde luego, confuso: el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (en adelante, LRJAE), que tras la regulación de la responsabilidad de la Administración en el artículo 40 y su atribución al orden contencioso-administrativo, afirmaba lo siguiente: «cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios

(3) Obligada resulta aquí la referencia al definitivo estudio que ya, en 1956, realizara E. GARCIA DE ENTERRIA, «Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa»; Ed. IEP; reeditado en 1984 por Ed. Civitas.

*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».*

Quizás pesase en el ánimo de los redactores de la Ley la regulación que de la materia se establecía en el ámbito del Régimen local (4). Recuérdese en este sentido cómo el artículo 407 del Texto Refundido del Régimen Local de 24 de junio de 1955 atribuía a los Tribunales contencioso-administrativo el conocimiento de aquellas reclamaciones que tuviesen por base la lesión de «derechos administrativos»; en tanto que declaraba la competencia de los Tribunales ordinarios respecto de la lesión de «derechos civiles».

Esta dualidad es la que parece influir sobre los redactores de la Ley de Régimen Jurídico, que, sin embargo, van a utilizar, no obstante, un criterio de distinción más preciso. No se refiere esta Ley a la naturaleza del derecho lesionado, sino al criterio de la naturaleza de la actuación causante del daño, remitiendo al orden civil sólo la actuación estatal en «relaciones de derecho privado».

Curioso resulta por ello que, más tarde, hubiese de preconizarse, sólo para el Régimen local, la unidad de jurisdicción consagrada por la ley de lo contencioso, por inaplicación a él de la LRJAE. Situación que fue definitivamente reconducida por la legislación posterior cuando el artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 vino a señalar que la responsabilidad de las Entidades locales quedaba instituida «en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa». (5)

(4) Enlazando con lo que anteriormente decía sobre el antecedente de la LEF, en la institucionalización de una responsabilidad objetiva superadora del estrecho marco producido por la aplicación al Estado de la responsabilidad culposa del artículo 1903 del C.c. y la restrictiva aplicación de la teoría del agente especial, hay que tomar nota de que ya el Régimen local poseía desde 1935, una regulación más avanzada que la prevista en el Código. La Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 estableció, por su parte, los principios de la regulación de la responsabilidad de esta Administración, aunque sin poder abstraerse en el control de su efectividad del predominio de la jurisdicción civil —estaba lejos entonces la plena judicialización y prestigio de la jurisdicción contenciosa— a la que expresamente aludía con una afirmación que está en el origen de murhas confusiones posteriores: remitía, en efecto, a la jurisdicción ordinaria los actos y acuerdos de las autoridades y Corporaciones Locales «que lesionen derechos de carácter civil».

(5) Un precepto más reciente, el artículo 224 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (RD 2568/1986, de 28 de noviembre) contiene una correcta asignación al orden civil de lo que concierne a la actuación de los entes locales cuando «*explote una industria o empresa como persona jurídica de derecho privado*». En cualquier caso, su rango jerárquico no lo hace apto para efectuar asignaciones de competencias jurisdiccionales.

En la actualidad la responsabilidad de todas las Administraciones se encuentra regulada en el artículo 106 de la Constitución y en la LEF y LRJAE, con la atribución jurisdiccional que deriva de ellas y del artículo 3 b) de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Hay que referirse pues a este marco legal y, por supuesto, a lo que dispone la LOPJ; aunque haciendo antes referencia a la extraordinaria confusión en que se ha desenvuelto la jurisdicción civil.

### III. LA CONFUSION DE LA JURISDICCION CIVIL. LA SENTENCIA DE LA SALA 1<sup>a</sup> DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 1986: PRONUNCIAMIENTOS Y VALORACION.

Sobre este panorama normativo, la jurisdicción civil se ha caracterizado por su gran confusión en la materia y para comprenderla nada mejor que aludir a una Sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo cuya cita se ha hecho clásica en las Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia: la Sentencia de 1 de julio de 1986 (6), cuyas afirmaciones pueden resumirse del siguiente modo:

— Reconocimiento de la gran confusión doctrinal y jurisprudencial existente en este ámbito. «*Gran número de resoluciones judiciales y la doctrina científica —dice— coinciden en apreciar que el tema de la competencia para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración es cuestión que ofrece considerable dificultad, por cuanto es indudable que tal responsabilidad en unos casos es exigible ante la jurisdicción civil y en otros ante la jurisdicción contenciosa, siendo a veces problemático saber cuándo ha de conocer una u otra*».

— Ausencia de criterios coincidentes entre ambos órdenes jurisdiccionales «*que probablemente arranca —a juicio del citado Tribunal civil— de la redacción dada a los artículos cuarenta y cuarenta y uno de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado... que parece volver al criterio diferenciador que inspiraba a la Ley jurisdiccional de 1956 según la cual los derechos de naturaleza presuntivamente*

(6) Ar. 4559 Ponente López Vilas.

Se venulaba en los autos una pretensión relativa a indemnización por muerte en accidente de carretera provocado por una corriente de agua en una vía propiedad del Consell Insular balear, sin que estuviese debidamente señalado el peligro. Planteada ante un Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia y posteriormente apelada ante la Audiencia Provincial, la Sentencia de este último Tribunal será objeto de recurso de casación dando origen al pronunciamiento que comento.

*civil se habrán de ventilar ante la jurisdicción civil y los de carácter presuntivamente administrativo en la jurisdicción especial».*

– No obstante esa confusión existente, son mayoritarias, sin embargo, las Sentencias de la Sala 1<sup>a</sup> «*que resueltamente han optado por mantener la competencia civil en los supuestos sometidos a su jurisdicción*»; aunque hayan existido, ciertamente, algunas que declararon la incompetencia de jurisdicción (7); una postura que no encontrará, sin embargo, posterior consolidación.

– La Jurisdicción civil, cuya tendencia, pues, a mantener el asunto litigioso dentro de su propio ámbito resulta patente, mantiene su competencia con el apoyo de dos argumentos distintos: a) *con base y fundamento en una interpretación restrictiva de la expresión «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», entendiendo que la posible negligencia o excesos de quienes por sus funciones están obligados a observar la seguridad y diligencia debidas sustraía de la órbita contencioso-administrativa el supuesto de hecho correspondiente, negando en consecuencia que tales casos –cuyas circunstancias específicas han sido siempre minuciosamente ponderadas– pudieran enmarcarse dentro del concepto de «funcionamiento anormal de un servicio público»; b) junto a él, «el apoyo argumental, a veces abusivo, de la vis atractiva del Derecho civil (procedente cuando uno de los codemandados es un particular y mucho más discutible y problemático cuando la pretensión indemnizatoria se formula sólo frente a la Administración)».*

– Tales argumentos, favorecidos en el supuesto contemplado, «*por circunstancias muy objetivas y cualificadas, y fundamentalmente, por razones de equidad y a fin de evitar el lamentable «peregrinaje de jurisdicciones», a que se ha hecho referencia en alguna Sentencia anterior*» hacen al Tribunal Supremo, en el caso de autos, «*apartarse del «ius strictum» que quizás podría dar lugar a la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción*», para entrar a conocer del fondo de un asunto de indudable índole administrativa (8).

(7) La propia Sentencia de 1 de julio de 1986 cita en tal sentido a la de 19 de febrero de 1981 (Ar. 750) y la de 10 de noviembre de 1983 (Ar. 6070); en una línea que quedaría, sin embargo, frustrada por Sentencias posteriores, entre otras, las de 24 de febrero, 9 de marzo y 5 de julio de 1983 (Ars. 1071, 1429 y 4068); 12 de abril y 31 de octubre de 1984 (Ars. 1960 y 5159). Todas ellas insistirán en los criterios tradicionales en favor del carácter atractivo de la Jurisdicción civil, reafirmando así, según palabras expresas de la Sentencia que nos ocupa, «*la falta de una deseable y clarificadora armonización de las jurisprudencias, hoy dispares de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo*».

(8) Esos mismos argumentos servirían, de nuevo, a la Sala 1<sup>a</sup> para entrar a conocer de una acción de responsabilidad ante un supuesto de accidente por caída de un menor a un vertedero municipal. (AC núm. 29, 1990, Mar. 630).

Hasta aquí el contenido de una Sentencia de extraordinario uso, a veces injustificado, por parte de los Juzgados y Tribunales civiles en cuya valoración es preciso detenerse.

Varios son los elogios que a ese pronunciamiento jurisprudencial pueden hacerse, aunque, también, procedan contra él algunas críticas. Su comentario puede desglosarse del siguiente modo:

1. El muy completo examen de los antecedentes y la forma en que centra la cuestión, con expresa alusión a las irreconciliables posturas de ambas jurisdicciones.

2. Es correcta la afirmación de que la Jurisdicción civil fundamenta su competencia en una interpretación restrictiva de la expresión «*funcionamiento de los servicios públicos*». Ya veremos cómo el Tribunal de Conflictos aclara esta cuestión; si bien debe advertirse que la jurisdicción contenciosa ha venido manteniendo, desde antiguo, la postura adecuada, haciendo la expresión sinónima de «*todo hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública o de gestión administrativa general, incluso las actuaciones y omisiones puramente materiales o de hecho*»; en ningún momento el orden contencioso-administrativo ha barajado un concepto de servicio público restringido al modo del utilizado por la Jurisdicción civil a fin de justificar el mantenimiento de su propio fuero (9).

3. Correcta es, también, la mención a cómo se ha hecho un uso abusivo de la *vis atractiva* de la Jurisdicción ordinaria. Está claro, desde luego, que no puede hablarse en la actualidad de una Jurisdicción «*ordinaria*» o civil, frente a otras Jurisdicciones «*especiales*» que serían la contencioso-administrativa o la laboral. Tan ordinaria son hoy una como otras en sus respectivos ámbitos. El que el orden civil constituya una Jurisdicción troncal frente a las restantes, en una posición de supremacía de la que derive una fuerza atractiva determinada, carece hoy de justificación en la LOPJ. La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales en aquellos casos en que les venga atribuido por esta u otra ley y de manera improrrogable (arts. 3.1, 9.1, y 9.6 de la LOPJ); de ahí que el concepto de *vis atractiva* haya de considerarse antiguo y superado, según reconoce, además, expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1991 (10). Sin perjuicio, claro está, de la competencia resi-

(9) Tómese como simple ejemplo de una jurisprudencia constante y abundantísima, la Sentencia de la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988 (Ar. 7424, Ponente Martín Martín), y las que en ella se citan.

(10) Ar. 5421. Ponente Almagro Nosete.

dual del orden civil, prevista en el artículo 9.2 de la propia LOPJ; un concepto absolutamente distinto y que no implica *vis atractiva* de ningún género.

Es más, el supuesto carácter atractivo del Derecho civil y de su Jurisdicción propia en este ámbito, pudiera contradecir sencillamente, la naturaleza común del Derecho administrativo, proclamada desde hace mucho tiempo por la doctrina (11) y la jurisprudencia (12). Precisamente, con base en esa naturaleza es ahora cuando la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo viene proclamando la existencia de una «presunción» a favor de la jurisdicción contenciosa del conocimiento de todas las cuestiones relacionadas con la Administración (13). Y la verdad es que no existe ni *vis atractiva* ni presunción de atribución; la competencia de las jurisdicciones la establecen las leyes y a éstas hay que atenerse.

4. Tampoco hay que hacer por supuesto salvedad alguna a la invocación y aplicación de la equidad al caso concreto, con apoyo en el Título Preliminar del Código civil (14). No debemos olvidar que el Derecho sin referencia a va-

(11) Clásico en la materia el artículo de CLAVERO AREVALO «Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal». Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1952, págs. 544 y ss., hoy reeditado en la obra antes citada «Estudios de Derecho Administrativo» págs. 27 y ss.

(12) Una vieja Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Sevilla de 28 de junio de 1962 (Ponente A. MARTÍN DEL BURGO) lo explicaba con claridad «El Derecho administrativo tiene sus propios idiosyncrasias, sus propios conceptos cardinales, sus propios principios, sus propias instituciones; su dialéctica propia, exclusiva, immanente; razón entrevista por un viejo autor que le llevó a decir que el derecho administrativo y el Civil forman como dos mundos separados; lo cual culmina en la estimación del Derecho administrativo como Derecho común o general, en su calidad de Derecho público». Otras Sentencias del Tribunal Supremo insisten en idéntica idea.

(13) Sentencias, entre otras, de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de abril y 11 de julio de 1988 (Ars. 3089 y 5887, Ponente Delgado Barrio).

(14) Lo que no cabe, desde luego, es fundamentar el fallo en simples razones de equidad, artículo 3 del C.c. La jurisdicción contencioso-administrativa ha hecho también extensa aplicación de la equidad, si bien situándola dentro de los correctos límites que a tal principio deben corresponder. A título ejemplificativo podrían citarse las Sentencias de 6 de noviembre de 1972 (Ar. 4695) que tras abogar por una resolución del caso concreto «con un sentido de justicia dentro del cuadro de las previsiones legales» afirmaba «Que no se trata con lo dicho de sentar las bases de una jurisprudencia de equidad de tipo pretoriano, sino de salir al paso de los peligros de generalización, de lo resuelto en atención a las exigencias de un caso singular...». En la misma línea, la de 22 de febrero de 1973 (Ar. 736) va a propugnar «la coexistencia y el entronque entre el Derecho formal y abstracto y los principios generales que lo informan, por considerar que no menoscaba el principio de sumisión del juzgador a la Ley, el ejercicio de la función jurisdiccional que permita la búsqueda de lo justo, adaptando la norma a las exigencias de la vida, individualizándola, que es tanto como humanizarla, invocando a la vez, como factores coadyuvantes en tal empresa a la moral, la equidad y la buena fe... siendo entre estos valores el de la equidad el que el que más juego hace en el mundo del Derecho...». Por su parte, la de 11 de mayo de 1978 (Ar. 1120) vuelve a proclamar el valor de la equidad relacionándola con la buena fe «tu necesidad de ser observada en las relaciones jurídico-administrativas»; en tanto que la de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2259) pondrá en conexión este principio con el «sentido social del ordenamiento»; la de 13 de octubre de 1980 (Ar. 3896) la considerará principio general del derecho «hay ocasiones —afirma— en que la justicia y el Derecho han de auxiliarse de la equidad... puesto que la equidad es un principio general del Derecho y como tal, fuente supletoria del mismo» y la de 10 de

lores morales se convierte en «un armazón conceptual difícilmente explicable» y que el giro copernicano que ha supuesto la consagración de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental permite soluciones antes impensables desde un punto de vista formalista del ordenamiento. Está claro, sin embargo, que lo que es excepcional y casuísticamente justificado no puede erigirse en norma común de aplicación general.

5. Comentario merece también la Sentencia en su afirmación de que la LRJAE instaura una doble Jurisdicción atendiendo a la naturaleza presuntivamente civil o administrativa del derecho lesionado.

Este era, como vimos, el criterio de la Ley de Régimen Local de 1955; pero no es de la Ley de Régimen Jurídico, que estableció otro distinto: la vía civil será procedente cuando la Administración actúe en relaciones de Derecho privado.

6. Hay que señalar, no obstante, que los Juzgados y Tribunales civiles vienen haciendo un uso injustificado de esta Sentencia. El Tribunal dejó bien claro que el *ius strictum* conduciría a estimar la excepción de incompetencia, de lo que se aparta por razones de equidad y para evitar el peregrinaje de jurisdicción de un particular que reclamaba las consecuencias de un accidente ocurrido hacía más de cinco años y tras haber cubierto un largo camino procesal. Que una declaración de incompetencia, a esas alturas, pueda resultar «grave, irritante e incomprensible para la parte perjudicada» es algo que se justifica por sí mismo; lo que no parece ya lógico, sin embargo, es que la propia Sentencia se utilice por otros Tribunales inferiores de la Jurisdicción como cláusula de estilo y único fundamento para retener, en primera instancia —es decir cuando la gravedad del peregrinaje puede y debe evitarse—, una competencia que la misma Sentencia del Tribunal Supremo manifiesta no ser precedente de acuerdo con el Derecho vigente.

mayo de 1983 (Ar. 2923) corregirá el principio «dura lex, sed lex», «introduciendo en la interpretación de la normativa aplicable un elemento corrector, para atemperar el Derecho a las singularidades del caso; elemento que no ha sido otro que el de la equidad, instrumentado como principio general, y que ha adquirida carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento, como tal principio, en la forma del título Preliminar del Código civil...»; la de 21 de junio de ese mismo año (Ar. 3622) abogará por una interpretación clara de la equidad que «cuando, como en este caso, está completamente justificada, no hay por qué aplicarla de forma vejanzante, con subterfugios o enmascaramientos, puesto que no se trata de dar riendas sueltas a sentimientos personales del juzgador, a una «humanitas», «benignitas» o «pietas» subjetivas y arbitrarias, ni a una corrección de la justicia, sino de aplicar la justicia al caso concreto...» (Ponente Martín del Burgo en todas ellas). Otras muchas, podrían citarse en esa línea, todas ellas destinadas a impedir la «iniquidad manifiesta de ciertas soluciones», iniquidad que, en frase de VILLAR PALASI «pone un límite infranqueable a la tecnificación del Derecho». (Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas. Madrid 1968, pág. 609).

#### IV. INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA OCASIÓN PERDIDA.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el Auto de 9 de mayo de 1988 dictado por la Sección Tercera de la Sala Segunda.

El asunto se había planteado como un recurso deducido por un Ayuntamiento contra una Sentencia de la Audiencia Provincial correspondiente que, confirmando la del Juzgado de instancia, había desestimado la excepción de incompetencia de jurisdicción en daños reclamados como consecuencia de la caída de una rama de un árbol perteneciente al servicio público de Parques y Jardines de la Ciudad.

Se invocaba como vulnerado el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, partiendo de la clara atribución legal de la competencia al orden contencioso-administrativo efectuada por el artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (15).

El Tribunal Constitucional afirmó la falta de contenido constitucional de la demanda, pues las cuestiones de competencia o las controversias acerca de cuál haya de ser el orden jurisdiccional al que dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde el conocimiento de un asunto son ajenas al contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.2 CE.

No se comprende muy bien, desde luego, por qué no forma parte del contenido del derecho al juez predeterminado por la ley la necesidad de que la causa sea juzgada, precisamente, por el juez que la ley predetermina, y no otro, incluso de distinto orden jurisdiccional. La sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983, de 31 de mayo, afirmaba que el derecho consagrado en el artículo 24 exige que el órgano estuviese determinado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y que su régimen jurídico o procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. En el mismo sentido se pronuncia, con cita de la anterior, la de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1990.

(15) La Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> de 5 de marzo de 1990 (Ar. 8950 Ponente Mendizábal Allende) ha llegado a afirmar que la jurisdicción contenciosa ha pasado de ser el «juez común» de la Administración a convertirse en su «juez natural». Nada tiene pues de extraño que antes se haya invocado su carácter de «juez ordinario predeterminado por la Ley».

Por su parte, el artículo 6.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales alude al derecho a ser oído por un Tribunal imparcial e independiente establecido por la Ley; y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere al derecho a ser oído por un Tribunal competente. No parece por tanto descabellado afirmar que la exigencia de competencia del Tribunal, es decir de predeterminación de sus facultades por la ley, forma parte del derecho fundamental de que se trata.

La posibilidad aclaratoria que el recurso de amparo hubiera, sin duda, supuesto, quedó así frustrada.

#### V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 17 DE DICIEMBRE DE 1991.

Expuesto lo que antecede, es hora de señalar el contenido de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 17 de diciembre de 1991.

Se trataba de un procedimiento de menor cuantía instado ante un Juzgado civil contra el Ayuntamiento de Sevilla en reclamación de daños que se dicen producidos al demandante como consecuencia del desprendimiento del rótulo de una calle de la Ciudad.

El Ayuntamiento reclama al Juzgado una declaración de incompetencia, que el Juez deniega, reteniendo la que cree corresponderle —en contra, incluso, del dictamen del Ministerio Fiscal— con la consabida argumentación de que el artículo 41 de la LRJAE le atribuye el conocimiento del asunto.

Planteado el conflicto, se resuelve por la Sentencia que comento en los siguientes términos:

— La responsabilidad de la Administración local está regulada en el artículo 54 de la LBRL, con remisión a la legislación general; lo que nos sitúa ante el artículo 121 de la LEF, 40.1 LRJAE y, a nivel constitucional, ante el 106.2.

— *«Inicialmente y como regla general, la competencia para el reconocimiento de dicha responsabilidad, viene atribuida a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo consignó el artículo 128 de la precitada Ley de Expropiación Forzosa, criterio que fue ratificado después por el 3 b) de la Ley Jurisdiccional.»*

– Fue la LRJAE la que, poco después, vino a romper la unidad jurisdiccional consagrada poco antes, al sentar, en su artículo 41 que «*Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado... la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios*».

– Ante la ruptura de la unidad jurisdiccional «*preciso resulta puntualizar que al reconocer tal precepto la competencia de la jurisdicción ordinaria cuando el Estado actúe en relación de Derecho privado, está señalando los efectos procesales de las distintas posiciones de las Administraciones públicas ante el Derecho*».

– La pretensión de indemnización por daños y perjuicios deberá deducirse, por tanto, «*ante una u otra jurisdicción según el derecho regulador de la actividad que causó el daño, por lo que ha de concluirse que si la Administración pública cuando ocasionó el daño actuaba como cualquier otro sujeto de derecho, sujeta al Derecho privado, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sí, por contra, deberá deducirse ante esta última cuando en aquel actuar la Administración Pública esté sujeta al Derecho público administrativo*».

– La Administración responde «*de toda lesión que los particulares sufran "... siempre que sea consecuencia de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos..."*», entendida esta expresión como comprensiva de todo el hacer y el actuar de la Administración como acto de gestión pública, esto es de gestión administrativa en general, incluso las actuaciones u omisiones puramente materiales o de hecho, al margen de cual sea el grado de voluntariedad e incluso de previsión, evidente es que al no tener su origen el daño cuya indemnización se reclama en un actuar del Ayuntamiento, en relación de Derecho privado estamos ante un supuesto en que suscitada una presunta responsabilidad patrimonial, deberá ser la Jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer del posible recurso jurisdiccional que los presuntos perjudicados puedan interponer frente al acto denegatorio, expreso o presunto, de la Corporación relativo a su pretensión».

– En el caso concreto, el supuesto daño se ha producido en el marco de la prestación de un servicio público –el de la rotulación de calles– que es de la competencia del Ayuntamiento como órgano gestor de los intereses municipales, con lo que lejos de tener aquéllos su origen en un actuar de la Corporación en relación de Derecho privado, la tienen en un actuar en relación de Derecho público.

## VI. VALORACION DE LA SENTENCIA.

La Sentencia, sin contener ninguna novedad absoluta, es extraordinariamente clarificadora. Dice, exactamente, lo que tiene que decir; lo que ya sabíamos, pero que la jurisdicción civil no aplica, confundida por la errónea creencia de que el criterio diferenciador es el de la naturaleza del derecho lesionado.

Que el criterio decisivo para determinar la Jurisdicción competente es el de la naturaleza de las normas que regulan la actividad productora del daño, o el derecho regulador de la actividad que lo causa, es algo que enfatizó, hace más de veinte años, Clavero Arévalo, con cita de Sentencias de los años 1968 y 1969 (16). Lo inexplicable es que la Jurisdicción civil haya querido seguir aferrada al criterio de la naturaleza de los derechos lesionados, tomado, sin duda, de la vieja Ley de Régimen local; criterio tan confuso como estéril.

Difícilmente puede encontrarse un derecho lesionado al particular, en cualquier actividad productora de daño, al margen de las relaciones específicamente contractuales, que no pueda calificarse de naturaleza civil o privada. Si éste fuese el criterio de distinción, la Jurisdicción contenciosa tendría prácticamente cerrado el acceso al enjuiciamiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración. En aplicación del criterio equivocado se producen peregrinos ejemplos, como el de la Sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990 que considera competente a esa Jurisdicción porque el daño que el reclamante había sufrido, como consecuencia de la asistencia médica que le prestan los organismos públicos, «*afecta a su patrimonio personal y privado*». No se comprende que el daño pudiese afectar al «*patrimonio público*» del particular.

También aclara la Sentencia del Tribunal de Conflictos la correcta interpretación del concepto de «*funcionamiento del servicio público*», tan erróneamente reducido por la Jurisdicción civil, como ya tuvo ocasión de apuntar la propia Sala 1<sup>a</sup> en la comentada Sentencia de 1 de julio de 1986.

Si la Jurisdicción civil se decide, pues, a cumplir la doctrina que de esta Sentencia dimana, es obvio que su actuación en la materia quedará reducida a los supuestos en que la Administración actúe real y verdaderamente en relacio-

(16) La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración... ob. cit. págs. 232 y 233.

nes de Derecho privado, es decir cuando su actividad –o no actividad– no esté comprendida en el círculo o ámbito regulado por el Derecho administrativo.

## VII. RECAPITULACION.

Basta ver las colecciones de jurisprudencia y conocer la realidad del desenvolvimiento de los Juzgados y Tribunales para comprobar hasta qué punto es conflictiva la determinación de la Jurisdicción competente en el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El que en los Tribunales civiles existan, en su conjunto, miles de excepciones de incompetencia que obligan a una tramitación y consideración especiales; el que tantos esfuerzos hayan de dirigirse al examen y resolución de estas cuestiones con tan abundantes pronunciamientos –tantas veces contradictorios– supone un coste demasiado grande y revela una manifiesta disfuncionalidad que la Ley debería urgentemente corregir.

Mientras tanto, la Sentencia que comento puede constituir un asidero suficiente para reconducir lo que la propia Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de julio de 1986, la más completa y consciente sin duda, de cuantas ha dictado en la materia –no obstante sus imprecisiones– calificaba como «una deseable y clarificadora armonización de jurisprudencias dispares e irreconciliables».