

LA FALTA DE SERVICIO EN ESPAÑA

Raúl Letelier Wartenberg*

1. GENERALIDADES

Como consecuencia de una denuncia, que al fin no prosperaría, fue detenido un profesor de enseñanza básica, justo en el momento en que se encontraba reunido con todos sus pares en un claustro. A raíz de esta detención tuvo que soportar todos los daños inherentes a cualquier tipo de detenciones; tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delinquentes, ser observado por muchas personas a la salida del Consejo acompañado por la policía y a la salida de la Comisaría, para subirse en dicho coche celular. Aun cuando el detenido reconoce que la policía actuó en todo momento con absoluta corrección y que fue llevado a la presencia del juez antes de veinticuatro horas, los daños provocados en su honorabilidad fueron del todo evidentes.

Los sentenciadores españoles deben analizar, ante la acción indemnizatoria ejercida, las disposiciones que establecen la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas y la existencia o no de los elementos de esta responsabilidad. Por un lado,

* RAÚL LETELIER WARTENBERG. Abogado del Consejo de Defensa del Estado en la Procuraduría Fiscal de Punta Arenas.

se encuentran con el Art. 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y el Art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico, hoy Art. 139 de la LRJPAC, que ordena la indemnización ante toda lesión que “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Por otro, está un servicio policial que ha actuado en forma absolutamente razonable deteniendo al sospechoso más idóneo, máxime cuando lo ha hecho con impresionante premura y del modo más efectivo. Su funcionamiento no sólo ha sido normal sino objetivamente sobresaliente, ello unido a la existencia de motivos racionales para creer en la existencia de delito e incluso para creer en la posible imputabilidad. Desde luego los sentenciadores se encuentran en un grave dilema, pues deben razonar si, no obstante, un funcionamiento normal del servicio policial debe o no derivarse indemnización. El TS rechaza la pretensión indemnizatoria debido a que “no es solo que ni siquiera haya error o negligencia en la actuación policial, es que falta el nexo causal necesario para la imputación a la organización administrativa de los posibles daños causados por su funcionamiento normal”¹. Si bien es cierto la acción primera resulta ser la denuncia, es un hecho claro que tanto la detención como las vejaciones realizadas por dicho órgano son precisamente las que dan lugar al daño de la víctima. Mas, el problema real, es que precisamente el daño lo ha producido una Administración que ha actuado diligente o normalmente.

Ha actuado una Administración efectiva, eficiente y responsable de sus actos. Expresa Garrido Falla comentando esta sentencia que “las cosas son bastante más sencillas: no hay responsabilidad simplemente porque el funcionamiento del servicio ha sido normal”².

La responsabilidad de las Administraciones Públicas españolas resulta ser, al decir de muchos, uno de los sistemas indemnizatorios más perfectos y ejemplo para muchas legislaciones latinoamericanas. Se ha construido al alero de la institución de la lesión que no tiene el particular el deber de soportar, expresión acuñada por García de Enterría y hoy reconocida en la última modificación a la normativa vigente en España³. Dicha expresión, unida a la responsabilidad

¹ TS, 8 de junio de 1988, en *RAP*, N° 113, p. 357.

² Garrido Falla, Fernando, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, en *REDA*, N° 94, p. 179.

³ Entiende alguna jurisprudencia que “por responsabilidad de la Administración –central o local– ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera

por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, hace de la responsabilidad administrativa española lo que muchos han denominado un claro sistema de responsabilidad objetiva del Estado. A todo ello debe unirse lo dispuesto en el Art. 106 de la CE cuando expresa que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos “siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, es decir, no se diferencia en ella si el funcionamiento es normal o anormal, basta que la administración funcione para que responda.

Mas, como lo hemos visto en la sentencia comentada, existen ciertos tipos de fugas del presunto sistema de responsabilidad objetiva española, en donde al parecer se hace necesario no hacer responsable al órgano administrativo aun cuando precisamente ha funcionado en forma normal o simplemente ha funcionado. Estas especies de fugas muestran la necesidad de examinar en diversas ocasiones cuáles han sido la forma y condiciones en que precisamente ha actuado la Administración.

Es común encontrarnos con sentencias en que los tribunales examinan a qué están obligadas las Administraciones Públicas, en qué condiciones han prestado sus servicios, si lo han hecho en forma racional, razonada o proporcional, todas ellas características inherentes al funcionamiento administrativo, que contrastan al órgano causante del daño, con una Administración Pública eficiente e ideal. Este juicio de eficiencia y eficacia ideal se realiza en el sistema francés en la determinación del elemento de responsabilidad llamado falta de servicio, entendida esta como la constatación de que el servicio no ha actuado debiendo hacerlo o la hecho en forma deficiente o tardía o, como simplemente han llamado algunos, la acreditación de la culpa del servicio. Y es normal que este examen se haga aquí, pues por ser un elemento de contraste entre la actividad desplegada y una ideal resulta del todo provechoso que dicho análisis tenga una individualidad que lo distinga del daño, de la relación de causalidad como de cualquier otro elemento necesario para la determinación de un supuesto indemnizatorio. En el derecho español el

del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias –que tienen una regulación especial–, de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que, no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella” (TS, 21 de abril de 1980 en *RAP* N° 93, p. 285).

juicio de eficacia o diligencia administrativa no se encuentra radicado en un elemento individual como es la falta de servicio. Dicho juicio debe ser absorbido en otros elementos o instituciones. El examen de diligencia o eficacia administrativa en el derecho español siempre se realiza aun cuando el hipotéticamente deba estar ausente. Dicha absorción se realiza de la siguiente forma:

2. ABSORCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO EN LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La relación de causalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes dentro del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado español. Representa uno de los elementos con mayor movilidad, adecuándose a gran cantidad de supuestos que representan alguna duda en la imputación de responsabilidad estatal.

Los caracteres de la falta de servicio se anexan a este elemento principalmente en cuanto a que es precisamente por el juicio de negligencia estatal con el que se da por establecida la relación de causalidad. En forma más simple existe vínculo causal debido a que existe falta de servicio. Así por ejemplo, a consecuencia del anegamiento de diversas avenidas y el desbordamiento del cauce de un río se producen daños en patrimonios particulares. Precisamente el haber construido tubos con una capacidad de desagüe mínima hace responder a la Administración debido a que dicha construcción “hace presumir una negligencia que permite establecer la relación causal entre ésta y el daño producido”. Se hace lugar a la pretensión de la actora una vez “acreditados los daños efectivamente producidos en el patrimonio de la actora, así como que tales daños tienen por causa determinante el defectuoso funcionamiento de un servicio”⁴.

El servicio ha actuado entonces con falta, y dicha actuación es precisamente la que determina la existencia del vínculo causal entre la acción u omisión administrativa y el daño. En materia de accidentes en carretera se realiza el juicio de diligencia en forma inversa para eximir a la Administración cuando debido a “la naturaleza del factor causante del accidente, unas piedras en el margen derecho de

⁴ TS, 22 de abril de 1989, en *LL*, N° 130, p. 39.

la calzada y la posibilidad de que su colocación se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquel hecho, por muy estricto concepto que se tenga de esa función de vigilancia, que no quepa imputar a la Administración local demandada el incumplimiento de aquella o cumplimiento defectuoso de la misma, por no eliminar perentoriamente y con toda urgencia el obstáculo que en un momento determinado se puede producir de forma tan repentina como impensable, por lo que falta el nexo causal...”⁵. En este mismo sentido se falla por la no eliminación de una mancha de aceite en la carretera que genera daño⁶.

Otra forma de eximición de la Administración por inexistencia de vínculo causal basado en el examen de la obligación de diligencia administrativa se observa en materia de atentados terroristas, principalmente cuando se analizan a la luz de la obligación administrativa de vigilancia o de mantención del orden público. Un buque se encontraba atracado a un muelle y, por tanto, era usuario de un servicio público, por el que se satisface la tasa comprendida en la tarifa correspondiente, incumbiendo, por ende, al órgano rector del puerto los servicios de vigilancia y policía del mismo. Un grupo de terroristas adosan al casco del buque un conjunto de cargas explosivas que al detonar provocan perjuicios por un monto de 496.965.710 pesetas. El razonamiento judicial, ante la conformidad de las partes en los hechos, se centra en la existencia de vínculo causal y la sala entiende “que en el caso de autos no cabe imputar negligencia en la vigilancia generadora de responsabilidad consecuencia de aquel actuar, por las razones siguientes: a) porque la naturaleza del acto de terrorismo causante del siniestro, con el empleo de unos medios de destrucción como los utilizados, por elementos especializados en la técnica de agresión, parece que se ha de *entender racionalmente que excede de las normales funciones* de policía administrativa, encaminadas a mantener el funcionamiento del puerto, b) ...que el acto de ataque en esa forma realizado necesariamente escapa a la más atenta *vigilancia normal exigible* a los celadores encargados de la policía del recinto portuario...”⁷.

⁵ TS Canarias Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, 14 de septiembre de 1989, en *LL*, N° 363, p. 107.

⁶ TS, 11 de febrero de 1987, en *LL*, N° 634, p. 193, o AT Bilbao, 6 de julio de 1988 en *LL*, N° 636, p. 194.

⁷ TS, 15 de noviembre de 1985, en *RAP*, N° 110, p. 207. El Estado español admite, sin embargo, medidas asistenciales para las víctimas de atentados terroristas, más las cantida-

Otra forma de incluir la diligencia administrativa en la relación causal se realiza a través de la figura de la interrupción del nexo causal principalmente por interferencia de culpa ajena o de la víctima. En un control policial de carretera se hace detener a un vehículo que tenía las características de uno que se buscaba por haber participado en actos terroristas, mas éste, ante la orden de detención emprende una fugaz huida. Luego de varios kilómetros de persecución los policías descargan sus armas de fuego dando muerte sólo a unas personas asustadas porque llevaban algunos géneros de contrabando. Los familiares reclaman indemnización y la sentencia da por sentada la responsabilidad del órgano policial pues “en esta circunstancia el empleo de armas de fuego con resultado irreparable es estimado como medida desproporcionada y excesiva por la falta de agresión...”, agregando que “como queda acreditado que el agente o agentes causantes del daño actuaron en las funciones de su cargo no se puede excluir a la Administración de su responsabilidad... mas, han de tenerse siempre presentes las circunstancias en que se produjeron: la existencia de un control policial con las debidas señalizaciones que obedecieron otros vehículos que circulaban con el que se dio a la fuga desatendiendo las indicaciones y requerimientos que se le hicieron, los disparos previos de advertencia, la contumacia de huir emprendiendo marcha atrás y la creencia fundada de que los viajeros fueran componentes de banda terrorista, son circunstancias que si bien no son relevantes para derivar de ellas una interrupción, como elemento ajeno a la actuación policial, de la relación de causalidad que excluya y exonere a la Administración de responsabilidad, sí tienen trascendencia para la fijación del *quantum* indemnizatorio, por interferirse en la relación de causalidad, lo que permite ponderar la evaluación de los daños producidos de manera que no sean enteramente imputables a la Administración”⁸. Pensar, en este último caso, que la actitud de los viajeros interfiere de alguna forma el vínculo es un argumento del todo forzado. La actitud de ellos es fácilmente explicable al alero de la noción de falta de servicio a través de la institución de la cooperación en la falta, cúmulo de falta o exposición de la víctima, todas ellas instituciones por las cuales al igual que en materia privada se tiende a hacer responsable a una persona

des que se pagan en ningún momento deben entenderse como indemnizaciones por responsabilidad extracontractual de la Administración. Sobre ello ver, por ejemplo, TS, 8 de mayo de 1986, en *RAP*, N° 112, pp. 253 y sgtes. o TS, 3 de junio de 1985, en *RAP*, N° 109, p. 303.

⁸ TS, 29 de mayo de 1991, en *RAP*, N° 128, pp. 334 y sgtes.

solo por su falta y si un tercero o la víctima han colaborado en la producción del daño, lógico resulta que la Administración responda hasta la concurrencia de su falta. Claro entonces es que no se está realmente en presencia de una interrupción del nexo causal, sino sólo de concurrencia de diversas culpas o faltas.

Los sentenciadores españoles deben en variados casos examinar lo que debe considerarse un funcionamiento o actuar normal para asignar responsabilidad al órgano administrativo; deben mirar la acción estatal a la luz de la obligación de diligencia administrativa para imputar una obligación indemnizatoria. Todos estos elementos son claramente ajenos al elemento de relación o nexo de causalidad que sólo tiende o debiera tender a dar por establecida la relación material entre un acto material y sus consecuencias dañosas. Dicha absorción es, sin embargo, totalmente necesaria pues de lo contrario se generarían tamañas injusticias que golpearían incluso a los mayores exponentes de la responsabilidad objetiva.

De un punto de vista fenomenológico la conclusión no puede ser otra que la siguiente: los elementos que constituyen a la falta de servicio en aquellos sistemas que la propugnan, no están ausentes en el derecho administrativo español.

3. ABSORCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO EN LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad extracontractual es desde luego uno de los agregados de la doctrina española al desarrollo del derecho administrativo de daños. Es un hecho que la mayoría de las legislaciones no ha reconocido este factor en la constatación del ilícito extracontractual. Su desarrollo se ha llevado a cabo principalmente en la doctrina penal, mas de un tiempo a esta parte el campo de la responsabilidad estatal ha resultado tierra fértil para su implantación. Un acto antijurídico es definido como un acto contrario al bloque de la legalidad, un acto contrario a derecho. Mas el atentado al derecho objetivo es tan indeterminado como las circunstancias o títulos legitimadores de la actuación administrativa. El determinar cuándo un acto es contrario a derecho, es casi como decir que se es responsable porque existe responsabilidad.

Este hecho de ser la conducta contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad (cosa distinta cuando al menos se individualiza

la norma infringida) ha edificado una de las piedras bases del ordenamiento de la responsabilidad española: la lesión⁹.

Se responde cuando el acto u omisión administrativa genera una lesión y para que exista ella se requiere que “ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo”¹⁰.

La indeterminación del concepto de lesión ha colaborado que en ella puedan descansar diversas situaciones claramente constitutivas de la falta de servicio. Así, por ejemplo, la imposición desigual de cargas a través de actos administrativos es un claro ejemplo de que el servicio no actúa debidamente pues resulta sustancial que dichas cargas sean repartidas en forma equitativa¹¹. En materia urbanística, por ejemplo, se considera que ha existido lesión cuando dicha carga “exceda de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social”¹².

De conceptos como perjuicio antijurídico¹³, daño injusto¹⁴, daño antijurídico¹⁵, lesión antijurídica¹⁶, antijuridicidad del daño o lesión¹⁷, ilegalidad del perjuicio¹⁸ y resultado dañoso no justificado¹⁹ se derivan diversas consecuencias que admiten que el tribunal pueda insertar en ellos los criterios de la falta de servicio estableciendo que no es antijurídico el daño provocado cuando debe ser considerado como carga social o que no existe lesión en daños por acto lícito por imposibilidad de ser antijurídico²⁰.

⁹ TS, 23 de noviembre de 1981, en *LL*, N° 33, p. 11, entre muchas otras.

¹⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, T. II, pp. 337 y sgtes.

¹¹ De ahí entonces que descartemos la noción de responsabilidad por un acto lícito. Si se llega a determinar responsabilidad, ella se ha debido a que el acto administrativo ha devenido en ilícito al contravenir, por ejemplo, la garantía de igualdad de cargas públicas. Dicho ilícito no es sino la manifestación más clara de que ha existido falta de servicio.

¹² TS, 19 de enero de 1988, en *LL*, N° 120, p. 35

¹³ AT Bilbao, 6 de julio de 1988, en *LL*, N° 125, p. 37.

¹⁴ TS, 27 de marzo de 1980, en *LL*, N° 25, p. 9.

¹⁵ TS, 27 de septiembre de 1985, en *LL*, N° 57, p. 17 o TS Galicia Sala de lo contencioso administrativo, 12 de junio de 1989, en *LL*, N° 128, p. 38.

¹⁶ TS, 6 de febrero de 1988, en *LL*, N° 122, p. 36.

¹⁷ TS, 10 de junio de 1986, en *LL*, N° 61, p. 18.

¹⁸ TS, 20 de febrero de 1989, en *LL*, N° 82, p. 24.

¹⁹ TS, 25 de septiembre de 1984, en *LL*, N° 105, p. 31, o TS, 20 septiembre 1985, en *LL*, N° 110, p. 32 o TS, 29 mayo 1987, en *LL*, N° 121, p. 36 o TS, 17 febrero 1989, en *LL*, N° 126, p. 37.

²⁰ TS, 10 de mayo de 1983, en *LL*, N° 140, p. 42.

4. ABSORCIÓN DE LA FALTA DE SERVICIO EN LA FUERZA MAYOR

La fuerza mayor representa dentro del ordenamiento español un elemento de curiosa importancia debido a que es la única circunstancia excepcional de responsabilidad que ha sido enunciada en forma expresa en la Ley. Tanto el Art. 106.2 de la CE como el 139 de la LRJPAC hacen alusión a que procederá la indemnización “salvo en los casos de fuerza mayor”.

Desde luego ante la ocurrencia de esta causal no puede acreditarse la ausencia de relación de causalidad pues dicho elemento tiene tantas causas interruptoras del nexos como causas existen. Basta enunciar la intervención de un tercero o la acción de la propia víctima como causas interruptoras del vínculo causal que no han sido designadas expresamente. Por lo demás, no es menos la jurisprudencia que al enumerar los elementos de la responsabilidad estatal distingue que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, *sin intervenciones extrañas que alteren el nexos causal*, del elemento fuerza mayor²¹.

La fuerza mayor es ante todo una circunstancia que delata, muestra o revela que aun cuando la Administración ha desplegado toda la obligación de diligencia a la cual se encontraba compelida le ha sido imposible evitar un resultado dañoso. Para la determinación de si ha existido fuerza mayor, usual será que el juez examine la diligencia con que se comportó la Administración, juicio del todo perteneciente a la institución de la falta de servicio.

Por lo demás, la fuerza debe ser *mayor*, pero mayor ¿respecto de qué? Naturalmente de la obligación de diligencia administrativa²². Así, por ejemplo, se refiere alguna jurisprudencia a que “el concepto de fuerza mayor debe quedar ceñido al suceso que esté

²¹ Vid., por ejemplo TS, 5 de junio de 1989, en Domínguez Luis, José, “Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia de nexos causal por inactividad de la Administración” en REDA, N° 90, p. 291. En ese mismo sentido TS, 20 de febrero, 6 y 13 de marzo, 7 abril, 25 octubre, y 27 diciembre de 1989; 19 enero y 14 dic. de 1990; 5, 8 y 11 de febrero y 20 abril de 1991; 24 de marzo de 1992; 10 de mayo y 5 octubre de 1993 y 2 y 22 de marzo de 1995, entre otras. Vid. además otras sentencias en RAP, N° 89, p. 364.

²² Sobre la fuerza mayor en el sistema español ver nuestro trabajo *La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado*, Tesis de Licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2000, especialmente pp. 44 y sgtes.

fuera del círculo de actuación obligado”²³. Estaremos entonces en presencia de fuerza mayor cuando la fuerza dañosa de un evento sea mayor al poder de evitabilidad de dichos daños que tiene la Administración según su especial obligación de diligencia administrativa. En materia de lluvias, por ejemplo, no se responderá cada vez que ellas produzcan daño sino que se tomarán en cuenta especialmente las “máximas meteorológicas conocidas”²⁴. Ante la existencia de la fuerza mayor queda algo establecido: que la Administración *no ha podido* evitar el daño, es decir que su imposibilidad de atenuar los perjuicios provocados no se ha debido a su falta de servicio.

Este es, por ende, el único caso en que no existe un trastorno en el sistema de reprochabilidad administrativa, pues el reconocimiento de la fuerza mayor no es sino el reconocimiento de ausencia de falta de servicio como circunstancia excepcional de responsabilidad administrativa.

5. LA FALTA DE SERVICIO EN LA LEY 4/1999 MODIFICATORIA DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

El 26 de noviembre de 1999 se dicta la Ley 4/1999 que crea el actual Art. 141 en la LRJPAC que dispone que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Establece además que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos y circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos...”. Vale la pena enunciar que dicha norma viene a complementar la figura de la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, introduciendo este nuevo título indemnizatorio de no tener el deber jurídico de soportar el daño y agregando un nuevo elemento en el juicio de responsabilidad consistente en el progreso de la ciencia y de la técnica. Duro golpe contra la doctrina de la responsabilidad objetiva; la Administración no responde por

²³ TS, 3 de noviembre de 1988, en *LL*, N° 708, p. 217.

²⁴ TS, 30 de noviembre de 1981, en *LL*, N° 654, p. 201.

cualquier daño, sino que es necesario determinar si habría podido evitarlo según el real estado de conocimientos científicos y técnicos que se tengan en el momento de la acción u omisión dañosa.

Esta modificación coloca a la Administración española en una posición de suyo interesante. Ya no se nos presenta como una Administración rígida en donde, supuestamente, cualquier actuación que ocasiona daño resulta indemnizable no importando cuál es la actuación óptima del servicio, sino que hoy también ingresan al juicio de indemnización la previsión o evitabilidad de los daños, y, lo más importante, según el estado de conocimiento y técnica, el cual resulta ser de suyo variable. Y una pregunta surge inmediatamente: ¿este estado de conocimiento debe medirse en forma universal o sólo relativo a la Administración española? Así, por ejemplo, el desarrollo de la técnica y el conocimiento puede ser muy fructífero y rápido en países con gran inversión en investigación y tal vez un tanto lento en otros más pobres. De ahí además la capacidad de previsibilidad o evitabilidad de un suceso dañoso. Desde luego dicha normativa sólo puede referirse a la Administración española pues será ella la que deberá prever o ella la que deberá evitar. ¿Acaso entonces no es esto sino el desarrollo o evolución que por esencia constituye al elemento falta de servicio como piedra angular del edificio de la responsabilidad administrativa? ¿Acaso no es esta movilidad, el desarrollo de la obligación de diligencia administrativa que se le debe exigir al Estado tal como los particulares se exigen entre ellos? Falta de servicio en la responsabilidad administrativa y culpa en la responsabilidad civil evolucionan juntas de acuerdo al desarrollo social y a los progresos tanto de ciencia como de la técnica.

Incluso antes de la vigencia de la modificación, y principalmente en materia de servicios de salud, ya se había entendido que no responde el Estado por cualquier daño debido a que “la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de los enfermos y la evitación de la irreversibilidad de ciertos estados patológicos: tan absurda es esta pretensión que es fácil imaginar la situación a la que se llegaría si la Administración tuviera que responder en cuantos casos la intervención de la Sanidad Pública no lograra resultados satisfactorios a los enfermos tratados por la misma”²⁵.

²⁵ TS, 19 de abril de 1988, en *LL*, N° 560, p. 173.

Hoy la modificación ya empieza a lograr sus frutos y las colisiones con la mentalidad de indemnización objetiva se hacen cada vez más evidentes. El 25 de diciembre de 1975 se realiza una transfusión de sangre en el INSALUD. Años después se presentan diversas lesiones en el paciente debido al contagio por dicha transfusión del virus de la hepatitis C. En el momento de realizarse el contagio no se había aislado el virus de dicha hepatitis y sólo se tenía conocimiento del de las hepatitis A y B. Aun cuando la sentencia del TS de 31 de mayo de 1999 condena al INSALUD a indemnizar los daños principalmente por falta de prueba del estado de conocimientos científicos al momento de la transfusión vale la pena hacer notar el voto particular de dos magistrados que teniendo por acreditado el estado de conocimientos expresan que les parece “evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales...”²⁶.

Se hace entonces evidente la necesidad de los sentenciadores españoles de hoy de tener que examinar la situación o el estado del órgano administrativo en un momento determinado con el objeto de evaluar su particular disposición a evitar un resultado dañoso. No es entonces un juzgamiento rígido sino completamente variable al desarrollo de los saberes humanos. Desde luego resulta interesante determinar qué elemento es el que se ve afectado una vez acreditada la imposibilidad de evitar el resultado dañoso por carecer de los conocimientos científicos y técnicos adecuados. Podría pensarse estar ante un caso de fuerza mayor, mas resultaría curioso contemplar

²⁶ TS, 31 de mayo de 1999, en Pérez Gálvez, Juan Francisco, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica” en *REDA* N° 104, p. 658. Continúa el voto particular expresando que “el propio demandante reconoce que, después de haberle sido practicada la transfusión de sangre en el curso de la intervención quirúrgica a la que hubo de ser sometido, se le diagnosticó que padecía una hepatitis no-A no-B, la que después se relacionó con aquella transfusión sanguínea. Pues bien, si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aún no se había aislado el virus de la hepatitis C (como lo demuestra el aludido diagnóstico), resultaba imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica...”.

un caso de dicha eximente cuando ella ya se había contemplado en el Art. 139 de la LRJPAC. A nuestro entender resulta éste ser un caso expreso de ausencia falta de servicio (así como, por lo demás, es la misma fuerza mayor) . Aquí entonces la falta de servicio no ha tenido que ser absorbida por ningún otro elemento de la relación de responsabilidad sino que se ha enunciado en forma expresa.

6. CASOS DE EXPRESA MENCIÓN A LA FALTA DE SERVICIO

Desde luego no es común encontrarnos en las sentencias españolas con expresa mención a las nociones de negligencia administrativa, ni menos a la de falta de servicio. Mas, resulta interesante observar que en algunas situaciones en que para hacer responsable al órgano administrativo necesario sería afirmar que le corresponde a él una diligencia ilimitada dichos sentenciadores se ven obligados a modificar o alterar los principio generales. “El Estado no puede hacerse responsable de los daños provocados por terroristas que no deriven de su negligencia”²⁷ reza alguna jurisprudencia dando a entender claramente que la obligación de preservación del orden público no puede ser absoluta ni ilimitada. O a la inversa se expresa que existe responsabilidad cuando hay un “obrar negligente de la administración”²⁸. Nótese que en ningún lugar se alude a la negligencia del funcionario pues sabemos su comportamiento es independiente de la configuración de una falta administrativa. Sí resulta, a lo menos curiosa, diversa jurisprudencia referida a la responsabilidad de los servicios de salud en el ámbito de la negligencia médica. Decir, en estos casos, que la diligencia o negligencia del funcionario es independiente de la falta de servicio es a toda luz una exageración. Decir que debe ser indemnizado el daño causado por el servicio aun cuando no se ha probado la negligencia médica es desde luego conducente a un absurdo. Al parecer, así lo ha entendido la jurisprudencia española cuando afirma que, “al no considerar negligente la forma de actuar de los médicos que asistieron al enfermo, los coincidentes de la sentencia han absuelto de la demanda también al INSALUD, pero no porque sean incompetentes para conocer de la

²⁷ TS, 15 de noviembre de 1985, en *LL*, N° 655, p. 201.

²⁸ TS, 9 de diciembre de 1985, en *LL*, N° 614, p. 188.

posible responsabilidad de ésta, sino porque no ha encontrado culpa o negligencia alguna en el actuar profesional de los dos referidos médicos, que era la única vía legal que podría haber determinado la subsiguiente responsabilidad del INSALUD, del que aquellos eran dependientes”²⁹.

Es entonces inevitable para los sentenciadores españoles referirse a los elementos que configuran la falta de servicio. De ahí que no resulte extraño que alguna sentencia olvide las presiones objetivadoras de diversa doctrina española y se aventure en afirmar, aunque contradictoriamente, que “ha de responder la Administración cuando se aprecie una falta de servicio”³⁰.

7. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico español ha pretendido implantar un sistema de responsabilidad objetiva del Estado. En él bastaría la acreditación del vínculo causal entre la acción u omisión administrativa y el daño producido por ella para hacer responsable a las Administraciones Públicas. En este sistema no sería un dato a tomar en cuenta el hecho de que el Estado haya actuado conforme a la ley o de acuerdo a los recursos con los que cuenta, o de la mejor forma posible, o de modo razonado, o de forma proporcional o como una Administración ideal y eficiente. Nada de ello resulta importante pues se ha pensado que la Administración genera un riesgo con el sólo hecho de existir de manera tal que debe responder por lo daños que en la concreción de este riesgo se produzcan.

Todas estas circunstancias que permiten configurar una Administración real que responda cada vez que no actúe debiendo hacerlo o lo haga en forma imperfecta o tardía, que hacen dibujar una Administración no rígida en la cual son elementos importantes el desarrollo de los conocimientos con los que se cuenta, los recursos patrimoniales y humanos que posee, la razonabilidad y proporcionalidad de su actuar y en fin, que determinan lo que se entiende por una Administración diligente, se encuentran considerados en el jui-

²⁹ TS, 8 de abril de 1996, en Castaño Sancho, Almudena, “La contaminación de la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad aquiliana por los criterios de la jurisdicción contenciosa-administrativa” en *REDA*, N° 111, pp. 127 y sgtes.

³⁰ TS, 28 de octubre de 1986, en *LL*, N° 65, p. 19.

cio de falta de servicio. Sólo la constatación de éste, unido a la concurrencia de los demás requisitos, da lugar a la indemnización de los perjuicios causados por la acción u omisión administrativa.

El estudio de diversa jurisprudencia, como el análisis de las mayores problemáticas del derecho de daños estatales español, permite concluir que todos los elementos que constituyen el juicio de falta de servicio se encuentran presentes en el razonamiento de los sentenciadores al momento de atribuir la obligación indemnizatoria a las Administraciones Públicas. Ello, por lo demás, es normal que suceda, debido a que es imposible excluir la reprochabilidad del juicio de responsabilidad, pues esta no es sino los efectos de aquella³¹. La constatación del elemento de reprochabilidad en la responsabilidad, junto a la acreditación de los demás elementos, hace nacer, entonces, la imputación de la obligación de indemnizar los daños provocados por el actuar o por la omisión.

La introducción de la falta de servicio en la responsabilidad española se realiza a través de la absorción que de ella hacen los demás elementos de la responsabilidad, a saber, relación de causalidad y daño entendido como lesión antijurídica. También se realiza en la noción de fuerza mayor como circunstancia acreditadora de la ausencia de reprochabilidad y en la eximente contemplada en el Art. 141 de la LRJPAC. Cabe hacerse notar que dicha absorción se realiza además en la constatación de la vigencia de ciertos principios que inciden en la fijación del vínculo de causalidad o en la antijuridicidad del daño como es el de proporcionalidad o razonabilidad³². Así, por ejemplo, en sentencia condenatoria a la Administración Pública derivada de los daños por inundaciones motivadas por la ruptura de la presa de Tous estiman los sentenciadores que debe ser condenado el órgano público entre otras razones porque “la actuación estatal negligente se pone de manifiesto ante la insuficiencia de las medidas de inseción, gestión y conservación”, colocándose en el caso inverso expresando que “excluiría de responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado la apertura de las compuertas con criterios de racionalidad, lo que no sucede en este caso”³³ o en materia

³¹ La responsabilidad objetiva en este caso no es sino una presunción general de falta de servicio.

³² Sobre aplicación de los principios de proporcionalidad, congruencia y oportunidad vid. TS, 18 diciembre de 1985, en *LL*, N° 435, p. 131 o AN, 6 de octubre de 1990, en *LL*, N° 446, p. 135.

³³ TS, 20 de octubre de 1997, en *RAP*, N° 96.

de revisión de planes urbanos no se dará lugar a responsabilidad “cuando se trate de una revisión lógica, razonable, conveniente...”³⁴.

La noción de riesgo social general que inspira la responsabilidad objetiva española es difícilmente sostenida por la jurisprudencia. Otra cosa es asignar responsabilidad directa al órgano administrativo cuando la actividad particular desplegada genere un riesgo particular que haga preciso omitir el examen de la falta y se entienda ella como presunta³⁵. La creación de riesgos es entonces especial y no general. La Administración no es entonces aseguradora universal de todos los daños generados dentro de su ámbito de actuación.

La absorción de los elementos de la falta de servicio posibilita a los sentenciadores españoles evaluar los medios económicos y personales con que cuentan las Administraciones Públicas al momento de atribuirles responsabilidad por sus acciones u omisiones. En este sentido se toma en cuenta la realidad administrativa cuando se exime al Estado de responsabilidad por los daños que se causaron en un edificio por atentado terrorista, edificio que solo pocos días antes había sido desprovisto de protección policial, pues “parece obvio que una protección policial especial a unas instalaciones privadas no puede mantenerse por tiempo indefinido si se tiene en cuenta la limitación de medios personales”³⁶. Del mismo modo se toma en cuenta el cumplimiento de la ley en el actuar administrativo, los conocimientos humanos que se tienen de la labor que se despliega, todos ellos elementos necesarios para determinar el ámbito de la real obligación de diligencia administrativa.

En este sistema de falta de servicio absorbida del todo apropiado aparece el Art. 9.3 de la CE cuando establece el principio general de garantía constitucional de la “responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. El Estado es entonces responsable cuando su acción resulta arbitraria, esto es, carente de razón alguna. No es por ende una responsabilidad incluso de un acto razonado, medido, eficaz, estudiado, es una responsabilidad por un acto arbitrario, negligente, ineficaz.

³⁴ TS, 25 de junio de 1990, en *LL*, N° 416, p.124.

³⁵ Así, por ejemplo, en actividad nuclear o aérea. En actividad de manejo de juegos pirotécnicos vid. TS, 24 de noviembre de 1987, en donde se responde debido a que la actividad, “por los elementos pirotécnicos empleados incluye un porcentaje de riesgo que la Administración asume por razones de interés social”, en *LL*, N° 21, p. 6.

³⁶ TS, 3 de junio de 1985, en *LL*, N° 428, p. 129.

El pretender absorber la noción de falta de servicio en los demás elementos de la responsabilidad estatal es, desde luego, una práctica no recomendable, pues dicha confusión puede traer sentencias como la siguiente, que pretendiendo formular principios generales, establece, más que contradictoriamente, que “tratándose de una responsabilidad puramente objetiva de la Administración, igual trascendencia tiene la omisión en la prestación del servicio que el acto de efectiva prestación, por integrarse ambos en un normal o anormal funcionamiento, hasta tal punto que es inoperante tener en cuenta quien fuera el autor material de los daños y perjuicios, cuando es lo cierto que los mismos tuvieron su origen en la pasividad administrativa del titular del servicio público, con tal que medie una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible, de suerte que ha de responder la Administración cuando se aprecie *falta de servicio*, todo ello porque la acción de la Administración Pública ha de estar siempre regida por criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad...”³⁷. Nada de claridad o seguridad jurídica hay en ella, solo cumple en mostrar la constante tensión existente entre la reformulada doctrina de la responsabilidad objetiva y la imposibilidad de ausencia de esta peculiar falta de servicio española.

³⁷ TS, 28 de octubre de 1986, en *LL*, N° 65, p. 19.