

## La responsabilidad administrativa en casos de “colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”

Por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
Catedrático de Derecho administrativo,  
Universidad de Alicante

### 1. La “colaboración privada” en el ejercicio de la función pública de seguridad.

Durante los últimos años se han venido publicando interesantes trabajos sobre la “colaboración de los particulares en el ejercicio de una función administrativa” (inspección técnica de vehículos, inspección técnica de edificios o construcciones, seguridad privada, vigilancia del tráfico, realización de la concentración parcelaria, de la gestión del urbanismo, de los residuos, de la recaudación tributaria, ecoauditorías medioambientales, etc.)<sup>1</sup>. En este contexto, se quiere profundizar seguidamente en dicho fenómeno de “colaboración” (“*public-private partnership*”) principalmente desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, después de realizar alguna

---

<sup>1</sup> La figura de la “colaboración” habría *madurado* hasta el punto de permitir ya actualmente un estudio sobre cuestiones particulares tales como la responsabilidad administrativa. Algunos trabajos son: D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por los particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada 2003; J.A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid 2000; J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona 2002; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales*, Madrid 2000; R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid 2000; S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Calidad industrial e intervención administrativa*, Barcelona 2002. Y otros trabajos recogidos *infra* en la sección de bibliografía.

Igualmente, el desarrollo jurídico-administrativo (en sentido moderno) de la figura de la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas acaso parta de mi trabajo “El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros”, *REDA* 94, 1997). Con nuevas aportaciones véase el capítulo dedicado expresamente a la figura de la “colaboración” en mi libro *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001.

reflexión general sobre la mencionada “colaboración” en el ámbito de la seguridad industrial.

La “técnica” es, en particular, un factor que puede contribuir de forma significativa al desarrollo de fórmulas de colaboración privada en el ejercicio de funciones administrativas. La Administración no siempre dispone de los medios y conocimientos necesarios para valorar técnicamente de forma idónea los proyectos. Y de ahí que se procure delegar la responsabilidad en entidades de cooperación especializadas o en los propios interesados en el proyecto presentado.

No siempre es así, ya que otras veces la Administración dispone de elementos técnicos suficientes. Algunas veces la Administración habrá conseguido seguir los pasos de la técnica evitando que estas funciones de carácter técnico se desarrollen necesariamente por colectivos externos <sup>2</sup>. Históricamente, asistimos en España (como en Francia) a un interés especial en dotar a la Administración de los mejores servicios y recursos técnicos. En este contexto histórico, el Estado certifica y declara que un determinado producto o instalación industrial cumple con las prescripciones reglamentarias. Con ello el Estado está certificando no sólo el acatamiento del Derecho sino también la seguridad de un concreto producto o de una concreta instalación. El poder público se convierte en responsable o garante último de la seguridad de los ciudadanos y para ello se equipa de los mejores técnicos. Este sistema es, por ejemplo, el previsto en el Reglamento de 21 de noviembre de 1929, de reconocimiento y prueba de los apartados y recipientes que contienen fluidos a presión (D. CANALS AMETLLER).

---

<sup>2</sup> En general, la “técnica” exige una adecuación entre el factor humano más capaz para verificar una determinada cuestión y el carácter que ésta presenta. De ahí que se susciten frecuentemente pleitos sobre el particular. Así, en la sentencia del TSJ de Castilla y León (sede de Burgos), de 27 de noviembre de 2000 (JUR 313121) el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía promovió un recurso contencioso-administrativo contra Resolución dictada por el Ayuntamiento de Burgos sobre aprobación de bases y convocatoria de concurso. EL TSJ desestima el recurso después de verificar la adecuación técnica de los conocimientos requeridos respecto del contenido funcional del puesto ofertado. Y, desde luego, cabe recordar aquí los numerosísimos litigios entre técnicos o profesionales (STS de 21 de junio de 2002, RJ 6928 relativa a los límites de redacción de proyectos técnicos por parte de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas a favor del colectivo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; o entre Arquitectos técnicos y Arquitectos Superiores: STS de 14 de abril de 1992, RJ 4039; STSJ de Galicia de 27 de marzo de 2003, JUR 194308; o entre Administraciones públicas: STSJ de Murcia, de 16 de abril de 2003 RJCA 797).

Esta tendencia de dotar a la Administración de todo el personal y medios técnicos necesarios contribuye a superar el modelo precontemporáneo (o de herencia medieval) de carácter gremial con cuerpos intermedios entre el Estado y la sociedad. De ahí que, en principio, dicha tendencia pueda verse como un logro histórico frente a aquella otra (propia de Alemania o el Reino Unido) que no conseguía este reto administrativo y este programa ideológico tan ligado, como es sabido, al propio origen del Estado contemporáneo de las libertades democráticas <sup>3</sup>.

Por contrapartida, cabe argumentar, que una vez se ha consolidado históricamente el poder público y una vez que (por tanto) se evita el riesgo que acabo de apuntar, es conveniente sacar mayor provecho del sector privado para el mejor ejercicio de las funciones públicas. Por eso, en tiempos más recientes, y en parte como consecuencia de la influencia de los modos de administrar propios de los países anglosajones (y por el decidido influjo del Derecho comunitario europeo), el sistema administrativo de gestión sufre un efecto privatizador consolidando un *public-private partnership* o “colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas”. Estamos, entonces, no ante una privatización auténtica o material. La colaboración implica una “privatización” sólo indirecta, no material y ni siquiera formal <sup>4</sup>. El núcleo de la función debe mantenerse público. El sector privado *colabora* (auxilia, gestiona) decididamente en el cumplimiento de la función pública, muchas veces sin pretenderlo ya que su interés no es otro que realizar una actividad económica que le interesa.

En este contexto privatizador puede citarse el importante RD 2135/1980, de 26 de septiembre, sobre el régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias. Conforme a este reglamento, la certificación del cumplimiento reglamentario (emitida por técnico competente) suple la actuación administrativa de autorización de instalación, ampliación y traslado de industrias en el caso de que sea exigible un proyecto técnico.

---

<sup>3</sup> Sobre este debate puede verse T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo, sindicatos y Autoadministración*, 2ª ed., Madrid 1972 in toto.

<sup>4</sup> Sobre las formas de privatización: material, formal, indirecta (colaboración y concesión) puede verse mi libro *Los mercados de interés general...*, cit., capítulo dedicado a la “privatización y sus formas”.

Como razones que justifican en general el régimen de la “colaboración” suele apuntarse el ahorro económico que puede llegar a representar no tener que financiar servicios administrativos técnicos o, dado el caso, los costes de laboratorios de ensayo propios. Igualmente, junto a la insuficiencia de medios y recursos humanos por parte de la Administración otras veces se invocan razones de simplificación y agilización de los trámites conducentes a la acreditación de las medidas técnicas.

*En general, el fenómeno de la colaboración del sector privado en el ejercicio de funciones públicas admite diferentes valoraciones y algunos ven siempre con recelos toda opción de carácter más o menos privatizador. Podría ser conveniente centrar el papel fundamental de la doctrina jurídica en torno a este tipo de discusiones. Es decir, sin perjuicio de la discusión lege ferenda de carácter político, cuando el Legislador o la Administración optan inicialmente por un modelo privado de actuación en el ámbito administrativo la función genuina del jurista puede ser también la de recomponer el sistema jurídico poniendo de manifiesto los límites y las regulaciones públicas que inevitablemente interfieren en todo ámbito privado de actuación que se relacione con el ejercicio de funciones públicas. Esta operación jurídica sería, por otra parte, la que se impone en el ámbito de la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, como fenómeno pujante y de actualidad. La “colaboración” privada en el ejercicio de funciones públicas es, en principio, por su matiz privatizador, una patología jurídica, si se parte de que lo ideal es siempre un sistema de Derecho administrativo para el cumplimiento de funciones administrativas. Estudiar la “colaboración privada” no significa necesariamente defender o apoyar este fenómeno privatizante. Podrá significar más bien conocerlo para poder así aportar mejor remedios y garantías a favor de los particulares perjudicados.*

En este sentido, la “colaboración” debe tener un simple carácter instrumental en el ejercicio de una función pública. No puede agotar el ejercicio de la función pública. Cuando la colaboración arraiga en la legislación y en la práctica, esta vía pragmática, del establecimiento de límites jurídicos y criterios de Derecho administrativo efectivos en sede judicial, puede ser más interesante que aquella otra que se limita a propugnar idealmente un Derecho administrativo que no consigue de esta forma ser aplicado.

Interesa también precisar que la “colaboración” no se realiza exclusivamente a través de la contratación administrativa y del régimen de concesiones <sup>5</sup>. La colaboración tiene propios perfiles. Generalmente, ni siquiera existe vínculo contractual alguno entre quien actúa como colaborador y la Administración. Lo normal es que al colaborador (por ejemplo, al vigilante de seguridad privada que vigila el metro o el aeropuerto o un edificio público o la propia vía pública -cuando guarda las máquinas de un concesionario o cuando actúa en establecimientos en contacto con dicha vía pública-) le despreocupe su posible condición de “colaborador” para el mejor cumplimiento de fines públicos. El colaborador es un empresario que busca su propio beneficio.

El hecho de que la “colaboración” se manifiesta respecto de ámbitos de actuación de susceptible valoración como *públicos* se corrobora considerando que este tipo de funciones delegadas en el sector privado han de entenderse recuperables por parte del poder público si, después de las experiencias de delegación en dicho sector privado, se llega a la conclusión de que es mejor equipar a la Administración con los técnicos precisos para llevar a cabo este tipo de funciones <sup>6</sup>.

Estamos en condiciones de aportar algún ejemplo de “colaboración” en el ejercicio de la función pública de la tutela de la seguridad industrial. Concretamente, el sector privado podrá llevar a cabo la parte de dicha función relativa a la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en la legislación administrativa. Un primer ejemplo, siguiendo sobre el particular a M. IZQUIERDO CARRASCO, puede ser el de la “autocertificación” prevista en los llamados reglamentos comunitarios “nuevo enfoque”. “En esta modalidad de evaluación de la conformidad es *el propio fabricante* quien emite un documento, que se denomina declaración de conformidad, en el que manifiesta los requisitos que cumplen sus productos” asumiendo el propio fabricante la responsabilidad de la certificación. La autocertificación como medio de

---

<sup>5</sup> Sobre el tema F. SOSA WAGNER, “Las fronteras del sector público”, *Anuario de Derecho constitucional*, 11, 1999, p.63.

<sup>6</sup> En esta línea, SSTs de 11 de mayo de 1993 RJ 3410 y de 31 de mayo de 1993 RJ 3765 y de 26 de febrero de 1998 RJ 1827. A dicha conclusión se llegaría si se pone de manifiesto que la delegación en los particulares, de la función de verificación del cumplimiento de la legislación administrativa, no consigue eludir la responsabilidad pública, ya que, entonces, parece mejor el sistema de verificación administrativa como vía para contrarrestar el riesgo de imputación de los daños causados.

demostrar que se cumplen las exigencias técnicas previstas en la legalidad se admite en la propia Ley de industria aunque el nivel de confianza que ofrece la autocertificación es menor que el que otorga la certificación por tercero. Con la “autocertificación”, el fabricante o su mandatario declara bajo su responsabilidad que sus productos cumplen con las exigencias legales. Un ejemplo de esta técnica, arraigada en el Derecho comunitario, es el artículo 8.6 del RD 1435/1992, de 27 de noviembre, sobre máquinas, donde se prevé que la declaración de que se cumplen las prescripciones técnicas corresponde a la persona que comercialice la máquina. En este contexto, pueden también citarse los “sistemas de aseguramiento de la calidad” o los procedimientos de “verificación por unidad” a través de los cuales la propia empresa interesada declara que los productos cumplen las exigencias reglamentarias.

Un segundo ejemplo puede referirse a los casos de certificaciones por técnicos, es decir por terceros y no por la propia empresa, a diferencia del caso anterior. Significativo es, en este sentido, el RD 2135/1980, de 26 de septiembre, sobre el régimen de instalación, ampliación y traslado de industrias, ya que, conforme a este reglamento, la *certificación del cumplimiento reglamentario emitida por técnico competente* suple la actuación administrativa de autorización de instalación, ampliación y traslado de industrias. Este RD puede considerarse, para bien o para mal, un paso decisivo en la línea de la privatización indirecta de la función pública de tutela de la seguridad industrial al afectar a la parte, de dicha función, relativa a la certificación.

Junto a la certificación emitida por técnico, otro mecanismo significativo en este contexto es la simple “comunicación previa” mediante un “certificado emitido por técnico”. Un ejemplo lo aporta el propio RD 2135/1980, dado que para la “puesta en funcionamiento” de la industria basta con que un técnico certifique que el establecimiento industrial se adapta al proyecto presentado. El régimen de comunicación previa (del que se hace eco la propia LRJAP-PAC) aparece también en el Decreto catalán 179/1995, de 13 de junio, de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales para actuaciones de escasa entidad técnica. En este sentido, la Ley catalana 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental (artículos 41 y 43) condiciona el ejercicio de las actividades sometidas a autorización, no ya al tradicional informe de la Administración, sino a la “certificación técnica” de que la instalación cumple los requisitos legales emitida por técnico competente o por Entidad

colaboradora. La comunicación previa en estos casos debe acompañarse de la documentación que exige y menciona el Reglamento de la citada Ley (Decreto 136/1999, de 18 de mayo, artículo 78).

**Las certificaciones técnicas tienden a conceder la máxima garantía de que la instalación industrial cumple con la legalidad y los condicionantes técnicos que ésta impone. Y, como podemos apreciar, pueden emitirse por el sector privado, supliendo al sector público en el ejercicio de su función autorizadora.**

Este sistema puede favorecer a los particulares, por ser más ágil, aunque traslada la responsabilidad al ámbito privado. El sistema se justificaría en tanto en cuanto consigue un mayor rigor en el control de las exigencias técnicas. Lo que interesa es que este fin público se cumpla de la mejor forma posible, ora por la Administración ora por los particulares colaboradores.

He incidido especialmente en los casos de certificación emitida por técnico competente y no tanto en los supuestos numerosos de las “entidades de colaboración” que realizan funciones de certificación y de control de la técnica y sus riesgos, por ejemplo la función de control técnico y de seguridad y prevención de la contaminación de los buques españoles a través de entidades colaboradoras (artículo 86.5 del RD 2662/1998, de 11 de diciembre, sobre reglas y estándares comunes para las Organizaciones de inspección y control de buques). Estas entidades colaboran en el ejercicio de una función pública, como es el control de la seguridad (S. RODRÍGUEZ-CAMPOS).

En torno a esta tercera situación (las “entidades colaboradoras”), es preciso aunque sólo sea mencionar el decisivo papel que juega el sector privado (técnicos y entidades colaboradoras) en las funciones de normalización y homologación. Por ejemplo, ya el RD 800/1987, de 15 de mayo, permitió que la certificación de conformidad a normas emitidas por una Entidad de normalización y certificación tuviera la misma validez que la homologación concedida por el Ministerio de Industria

y Energía<sup>7</sup>. En particular, en la función de normalización, el RD1614/1985, de 1 de agosto representa la sustitución del modelo público de normalización realizado por IRANOR por el modelo privado de las asociaciones puramente privadas de normalización que iban asumiendo las funciones de aquella (CARRILLO DONAIRE).

En el contexto de la colaboración una alusión final puede hacerse a la colaboración de los sujetos privados en materia de auditorías por ejemplo medioambientales (TARRÉS VIVES) o en materia de autorregulación, cuestiones éstas cuyo comentario, pese a su interés, escapa del objeto del presente trabajo.

Puede hacerse una reflexión sobre estos ejemplos apuntados. En los casos en los que actualmente se manifiesta la “colaboración” estamos generalmente ante ámbitos de intervención administrativa en terrenos originariamente privados. Esta intervención se justifica plenamente en aras de lograr la debida seguridad industrial. Pero, en el fondo, es este tipo de intervención y de asunción pública de un determinado ámbito de actuación lo que explica que se origine la colaboración. Ésta puede entenderse como una forma de conseguir un nuevo equilibrio del sistema jurídico, delegando en el sector privado (el sector, en realidad, originario) parte de la función pública inicialmente asumida por el poder público.

Junto a los casos que han sido mencionados querría aportarse otro ejemplo más, concretamente el relativo a la seguridad contra incendios en establecimientos turísticos; me refiero a la colaboración de los particulares con la Administración en su función pública (de carácter técnico) de autorizar la apertura de establecimientos turísticos, realizando aquellos (en vez de la Administración) la verificación del cumplimiento de la normativa sobre seguridad y protección.

En estos casos, sobre los particulares interesados recae la carga de presentar un proyecto técnico que corrobore su viabilidad y solvencia técnica desde el punto de vista de la debida seguridad en los hoteles frente a posibles incendios. Cuestión distinta es sobre quién recae la carga de llevar a cabo la verificación del cumplimiento de las condiciones previstas en el ordenamiento (principalmente en el RD 2177/1996,

---

<sup>7</sup> Véase también la Disposición Adicional Quinta del RD 2200/1995, de 28 de diciembre : “las figuras de homologación... quedan sustituidas por las de certificaciones de conformidad con los requisitos reglamentarios emitidas por los organismos de control”.



de 4 de octubre, de aprobación de la Norma Básica de Edificación, NBE-CPI/96: Condiciones de Protección contra Incendios en los Edificios)<sup>8</sup> desde el punto de vista de la seguridad contra incendios en estos casos.

La normativa aclara poco sobre esta cuestión. El problema se plantea cuando la verificación misma del cumplimiento de las condiciones técnicas se traslada al sector privado y, más en particular, al propio interesado en la realización de este tipo de actividades turísticas.

En un plano legislativo puede por ejemplo citarse la significativa reforma del artículo 18.1 de la Ley canaria 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo, por Ley 2/2002 de 27 de marzo<sup>9</sup>. En el contexto de la “colaboración” interesa incidir en que, por un lado, dicha reforma no pretende sino “*desplazar hacia la figura del interesado* la acción de verificar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad y protección contra incendios, a través de memorias y certificaciones de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. Por otro lado, la Administración no pierde el núcleo duro de la función pública de tutela de la seguridad: “el órgano de la Administración Pública con funciones inspectoras y el Instituto Canario de Seguridad Laboral (podrán) realizar, en cualquier momento del procedimiento, *actividades de inspección* como mecanismo que refuerce las garantías del derecho de seguridad del usuario turístico y de los trabajadores del establecimiento, al ser éste considerado centro de trabajo” (las cursivas son y serán “nuestras”). En consecuencia, el nuevo artículo 18.1 de la Ley canaria de Ordenación del Turismo afirma que “(...) antes del otorgamiento de las autorizaciones previas y de apertura de los establecimientos turísticos, sus promotores o explotadores deberán

---

<sup>8</sup> Otras normas estatales aplicables en estos casos son: Orden de 25 de septiembre de 1979, sobre prevención de incendios en establecimientos turísticos; Orden de 31 de marzo de 1980, por la que se modifica la de 25 de septiembre de 1979, sobre prevención de incendios en establecimientos turísticos; Circular (BOE 109, de 6 de mayo de 1980) de la DG de empresas y actividades turísticas aclaratoria sobre prevención de incendios en establecimientos turísticos; RD 1942/1993, de 5 de noviembre, Reglamento de instalaciones de protección contra incendios; RD 279/1991, de 1 de marzo, de aprobación de la Norma Básica de Edificación (NBE-CPI/91): Condiciones de Protección contra Incendios en los Edificios; RD 786/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales.

<sup>9</sup> La reforma se realiza mediante el artículo 15.2 de la Ley 2/2002 de 27 de marzo de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la CA de Canarias y de carácter sancionador

acreditar el cumplimiento de esta normativa específica a través de las memorias y certificaciones de los profesionales redactores de los proyectos o directores de las obras, de conformidad con lo que se establezca reglamentariamente”<sup>10</sup>.

Este supuesto de “colaboración” no representa un caso de “autorregulación”, ya que las condiciones de seguridad están presentes en la legislación. Aquella se refiere, más bien, a la función de verificación del cumplimiento de la normativa sobre seguridad y protección contra incendios, a través de memorias y certificaciones.

Por otra parte, tal como razona esta normativa “queda claro que las modificaciones que acomete este Decreto no afectan a las condiciones técnicas exigibles en materia de seguridad y protección contra incendios, al circunscribirse a aspectos procedimentales de *simplificación y agilización de los trámites* conducentes a la acreditación de las medidas técnicas” (Preámbulo del citado Decreto 20/2003;., *cit.*)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> De esta forma, surge la necesidad de precisar reglamentariamente esta regulación legal (por eso el Decreto canario 20/2003, de 10 de febrero reforma otro precedente -Decreto 305/1996, de 23 de diciembre- en materia de medidas de seguridad y protección contra incendios en establecimientos turísticos alojativos). Por un lado, a raíz del Decreto 20/2003, el Decreto 305/1996 prevé (en su artículo 5) los distintos documentos que en concreto deben integrar el proyecto de instalaciones de prevención, protección, extinción y evacuación en caso de incendio, del promotor o explotador, a los efectos de obtener la autorización previa al ejercicio de la actividad turística (artículo 24 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias). Y también se exige otra documentación en el momento posterior de la solicitud de autorización de apertura y clasificación del establecimiento turístico alojativo (artículo 7 y Anexo III del Decreto 305/1996, tras la reforma por el Decreto 20/2003 y artículo 24.2 de la Ley de Ordenación del Turismo).

Por otro lado, a raíz del Decreto 20/2003, el Decreto 305/1996 atribuye a la Administración (en su artículo 8) las funciones inspectoras relativas a las medidas e instalaciones de seguridad y protección contra incendios. En este mismo sentido, puede verse el Decreto canario 190/1996, de 1 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística y de la inspección de turismo, y la legislación vigente sobre prevención de riesgos laborales.

<sup>11</sup> Así pues, la “colaboración” puede surgir ante la necesidad de simplificar trámites. De esto es ilustrativo el presente caso. Con anterioridad a la reforma referida los artículos 5 y siguientes del Decreto 305/1996 preveían un procedimiento administrativo más complejo, con distintos Informes de la Administración sobre los proyectos presentados por el interesado, debiendo aquélla corroborar la viabilidad técnica del proyecto presentado.

Tras la reforma del Decreto 20/2003, la responsabilidad se traslada a los agentes privados interesados. Dejan de existir los distintos trámites administrativos y plazos e Informes de “adecuación del proyecto a la normativa de aplicación en materia de protección y seguridad contra incendios” (artículos 5 y ss. del Decreto 305/1996).

En este sentido, aumentan las exigencias en la obligación de los promotores o explotadores de “mantener las instalaciones de prevención, protección, extinción y evacuación

El presente supuesto puede relacionarse inicialmente con la Ley estatal de Ordenación de la Edificación <sup>12</sup>, pero la seguridad contra incendios se relaciona más directamente con materias puramente públicas tales como la ordenación del turismo o la seguridad de edificaciones y productos industriales.

Así pues, encontramos actualmente dos posibles modelos en torno a la seguridad contra incendios en los hoteles. El primero, el modelo en virtud del cual el particular presenta el proyecto y la Administración verifica e informa acerca del cumplimiento de las condiciones técnicas impuestas en la legislación. En el segundo la Administración ya no verifica.<sup>13</sup>

---

en caso de incendio, en un buen estado de uso y mantenimiento, *mediante aportación de un certificado acreditativo suscrito por técnico competente* y que deberá ser renovado cada tres años” (Preámbulo del Decreto 20/2003).

<sup>12</sup> Lo que pretende el Decreto es “desplazar hacia la figura del interesado la acción de verificar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad y protección contra incendios, a través de memorias y certificaciones de conformidad con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”. Conforme a esta Ley de Ordenación de la Edificación (artículos 4 y 5) la responsabilidad en torno a los proyectos es privada y la responsabilidad pública es la autorizatoria.

Por su parte, según la Ley de Ordenación de la Edificación “el proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable” (artículo 4.1). El artículo 10 la Ley de Ordenación de la Edificación define el “proyectista” y en la Disposición Adicional Segunda se hace una remisión a la NBE, *cit.*, de condiciones de protección contra incendios en los edificios.

<sup>13</sup> Generalmente, en la práctica las CCAA siguen el primer modelo, en consonancia con las funciones que caracterizan por esencia a la Administración Pública de velar por la mejor seguridad de los proyectos técnicos. La norma aplicable es el RD 2177/1996, de 4 de octubre, de aprobación de la Norma Básica de Edificación, NBE-CPI/96: Condiciones de Protección contra Incendios en los Edificios) y otras normas estatales citadas supra.

Incluso, cuando alguna Comunidad Autónoma ha regulado sobre el particular (caso de la Comunidad de Baleares: Decreto 13/1985, de 21 de febrero BOCAIB de 20 de marzo de 1985) esta circunstancia no ha alterado el sistema de verificación del proyecto técnico que en la práctica realiza la Administración en estos casos. En cambio, la Comunidad Autónoma de Canarias, después de prever una normativa que expresamente sigue este modelo administrativo (Ley 7/1995 *cit.*), opta por un modelo privado de verificación con apoyo en la legislación industrial y de ordenación de la edificación (Ley 2/2002, *cit.*).

Un problema distinto es que una normativa autonómica pretenda establecer parámetros o condiciones de seguridad de calidad distintas de las establecidas en la normativa estatal (el RD 2177/1996, de 4 de octubre, de aprobación de la Norma Básica de Edificación, NBE-CPI/96: Condiciones de Protección contra Incendios en los Edificios). Esto se ha planteado recientemente a través de sendos recursos contencioso-administrativos, interpuestos por la Administración del Estado contra los Reglamentos de prevención de incendios de la Comunidad de Madrid aprobados por Decretos 341/1999, de 23 de diciembre y 31/2003, de 13 de marzo (aún sin sentencia), ya que es discutible que una Comunidad Autónoma pueda seguir criterios técnicos distintos causando confusión en torno a la aplicación de los parámetros técnicos aplicables y, sobre todo, un posible problema de desigualdad de condiciones técnicas

## 2. El complejo régimen de responsabilidad administrativa.

### A. Presupuestos.

Es claro que la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas lleva consigo un traslado de responsabilidades desde el lado público al lado privado, ora en casos en que el poder público delega en un tercero ora en casos en que el poder público simplemente consiente la actividad de los particulares en ámbitos de actuación que permiten ser considerados como públicos. Una de las motivaciones de la Administración, de aminorar su presencia en el escenario de lo público, puede ser la de evitar la responsabilidad administrativa que, de lo contrario, puede recaer en su contra. De ahí que la colaboración privada pueda, de esta forma, verse alentada.

Según esto, el problema jurídico no estaría tanto en definir el modelo de responsabilidades. Más bien, una vez quedara clara la posibilidad de que un particular colaborase en el ejercicio de una función pública, aquél sería responsable respecto del ámbito de actuación que ha sido asumido. El problema sería, pues, no otro que el de definir el ámbito legítimo de actuación del sector privado en torno al ejercicio de una función pública de seguridad. Pero estas afirmaciones no son más que una primera pauta para resolver el problema planteado.

Así todo, es conveniente realizar alguna observación añadida sobre este *problema* inicialmente planteado. La cuestión de delinear lo público de lo privado no es tarea fácil. Ni es sencillo delimitar en general el concepto de función pública ni tampoco lo es en cada caso concreto. Y nos consta que la “colaboración” (en virtud de un sinfín de ejemplos de la práctica y de la legislación) corrobora que una parte de una función pública pueda ser realizada por un particular o empresario.

Lo característico, en nuestra sociedad, es que las funciones públicas no se realicen actualmente de modo exclusivo por parte de la Administración (aunque en realidad nunca el poder público ha tenido el monopolio de lo público). Generalmente,

---

en diversas partes del territorio nacional que a la postre podrían repercutir en distintos niveles o grados de seguridad ciudadana en distintas partes del territorio nacional.

dentro de una función pública, existe una parte nuclear que sólo la Administración puede desempeñar y una parte susceptible de ser realizada por los particulares. En esta última parte no existe más que una “posibilidad” de lo privado, en la primera existe en cambio una “necesidad” de lo público. El modelo puede ser, pues, enteramente público si se extiende tanto al plano de las funciones propiamente de autoridad como al plano de la gestión.

En todo caso, la referida dificultad de delimitación de la función pública o de la función nuclear pública a cargo de la Administración no significa que sea imposible una delimitación entre el núcleo de la función pública (reservada a la Administración) y el extrarradio de la función, susceptible de ser intervenida por los agentes privados. En último término, si se presenta un conflicto en torno al alcance o límite de la colaboración privada en el ejercicio de una función pública, es posible ir estableciendo una casuística (jurisprudencial en su caso) sobre posibles situaciones y funciones <sup>14</sup>.

Entonces, una vez resuelto el posible problema de delimitación de la función de colaboración en el ejercicio de una función pública, el agente privado sería responsable respecto del sector o parcela de actuación que legítimamente ha asumido. Sería contrario a la naturaleza de las cosas que un particular asumiera la

---

<sup>14</sup> Importa, sobre el particular, tener en cuenta las decisivas enseñanzas que aporta la praxis del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es función característica de dicho Tribunal la de delimitar aquello que es función pública (“satisfacción de interés general”) de aquello que es “función mercantil”, a los efectos en este caso de aplicar el Derecho de la competencia a los agentes públicos o privados que independientemente de su forma jurídica realicen funciones mercantiles.

Lo mismo ocurre en el ámbito de la contratación pública, ya que la labor del TJCE de las CCEE no consiste sino en ir delimitando, caso por caso (en virtud de las cuestiones prejudiciales que les plantean los órganos jurisdiccionales nacionales), las funciones de “satisfacción de interés general” y las que no lo son, a los efectos de aplicar en el primer caso las directivas de contratos públicos. Es así como por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal de las CCEE actualmente cuenta con una rica casuística acerca del criterio funcional de satisfacción de interés general. Encajan las funciones de “gestión de residuos”, de “impresión del BOE”, etc.,

Es decir, en el ámbito de la colaboración es igualmente posible ir definiendo aquellos casos en que la actuación es estrictamente pública o no lo es, con la consecuencia de legitimar o no los posibles colaboradores. Se trata, pues, de aplicar criterios funcionales. Este proceder, característico del Tribunal comunitario debe arraigar en la práctica jurídica y judicial en España. Para delimitar unas funciones de otras puede servir el propio texto constitucional (en la Constitución se prevén pautas para decidir si la seguridad, por ejemplo, es función reservada al poder público). También la “tradicón” puede actuar como criterio interpretativo, junto a otros posibles criterios de interpretación.

gestión de una determinada actividad a costa de que la Administración fuese la responsable de los perjuicios que pudieran ocasionarse. Esto repercutiría, a la postre, en contra del fin pretendido por la norma y en contra del mejor cumplimiento de los fines públicos, ya que los particulares no prestarían la atención requerida para la presentación de sus proyectos técnicos si contaran con la responsabilidad de la Administración en caso de que se ocasionen daños y perjuicios a terceros.

Ahora bien, la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas, ¿convierte a la Administración en un sujeto absolutamente irresponsable? Un sistema normativo que delegue la responsabilidad en los particulares, exigiendo a éstos por ejemplo la concertación de un seguro que cubra los daños, ¿consigue evitar la imputación del daño a la Administración?

En principio, parece claro que nadie (tampoco la Administración) puede conseguir eludir la responsabilidad que le incumbe o desprenderse de la responsabilidad que se deriva de sus propios actos u omisiones.

El establecimiento de unos criterios de responsabilidad administrativa, en estos casos, es difícil en términos apriorísticos. Habrá que indagar en la culpa “in vigilando” o “in omitiendo” a efectos de estudiar la posible imputación del daño a la Administración en el caso concreto, en especial en aquellos supuestos en que, aunque la Administración ha dejado de actuar, debería hacerlo conforme al carácter público de la actuación. Puede hacerse un esfuerzo por aportar, a continuación, algunas reglas o criterios jurídicos, con apoyo en la jurisprudencia. Aunque parece inevitable la existencia de un margen de apreciación judicial lo deseable en Derecho sería, por el contrario, reducir al máximo la posible discrecionalidad judicial.

#### *B. Criterios jurisprudenciales..*

- Desde luego, han de concurrir en todo caso, los presupuestos de la responsabilidad administrativa (carácter objetivo de la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal del servicio público, daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; en este contexto STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967).

En este sentido, en un caso referido a un centro escolar, la jurisprudencia relaciona “funcionamiento del servicio” con “función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no con otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado” (sentencia de la Audiencia nacional de 26 de septiembre de 2002, RJCA 1260, siguiendo la sentencias de 16 de marzo de 2000 y 8 de marzo de 2001 (JUR 2001, 294189), entre otras. En consecuencia, la Audiencia imputa el daño a la Administración debido a la caída de un alumno del rellano de unas escaleras, aplicando el criterio de la culpa in vigilando.

- También es preciso partir de que la responsabilidad de la Administración Pública “se resiste a ser definida apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes de otros” (STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967; STS de 4 de mayo de 1999 RJ 4910).

- Ha de exigirse, igualmente, una “causalidad adecuada”. Esto lleva a determinar “si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o, si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar” (STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967).

- En estos casos, lo normal es que, si se imputa responsabilidad a la Administración, se presente “concurrencia de culpas”: “la concurrencia de causas diferentes en la producción de un resultado dañoso no exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración, sino que ha de valorarse para moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización” (STS de 25 de febrero de 1998 RJ 1810).

En tanto en cuanto se produzca una intervención administrativa (característica ésta cuando una determinada actividad se asume como servicio público) estaremos propiciando la posibilidad de una responsabilidad administrativa. Así es como esta sentencia consigue responsabilizar a la Administración (el Canal de Isabel II, entidad

de Derecho público adscrita a la Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid) ante un defectuoso funcionamiento de los servicios de agua y de gas<sup>15</sup>.

- Importante es relacionar el caso de la responsabilidad administrativa por daño causado por tercero con la Administración autorizante. En estos casos, con mayor motivo aún, la responsabilidad en principio recae sobre el particular que realiza la actividad autorizada en virtud de la cláusula sin perjuicio de terceros<sup>16</sup>. No obstante, la jurisprudencia en estos casos ha llegado a imputar algunas veces el daño a la Administración<sup>17</sup>.

Por ejemplo, en la STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967 se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mujer de un piloto fallecido en un vuelo que fue autorizado por el Estado (parte recurrida) "sin estarle permitido a la aeronave realizar el tipo de transporte que efectuó y sin contar con plan de vuelo previamente, ni seguro de viajeros, lo que no impidió la preceptiva autorización del vuelo, *por lo que si la autorización se hubiera prestado por el servicio administrativo en legal forma, eso es, con sujeción a lo prevenido en los artículos 150 y 151 de la Ley de navegación Aérea, la aeronave habría de haber quedado en tierra, al denegarse, como hubiera sido correcto, la autorización de vuelo solicitada y el accidente habría sido imposible que se produjera*".

- Otras veces, en casos similares, esta interpretación se ve reforzada con apoyo en la "culpa in vigilando" y con posible apoyo también en la omisión de la debida eficiencia con que debió actuar la Administración (STS de 28 de enero de 1993, RJ 422, relativa a un caso de fallecimiento por accidente en un velódromo municipal con

---

<sup>15</sup> Así pues, la Administración puede actuar como "factor coadyuvante al resultado" (STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967).

<sup>16</sup> "Es lícita la autorización que condiciona su concesión al pago de los posibles daños que pudieran ocasionarse" (STS de 26 de abril de 1995, AA nº9 1996 § 161 Sala 3ª): "esta previsión responde a la dualidad que la propia Ley de Aguas preconiza entre la autorización del vertido y su gravamen mediante el canon y las responsabilidades a terceros o específicas respecto de los daños ocasionados a los bienes del dominio público hidráulico, a cargo del concesionario o del titular de la autorización", ya que "no se puede pretender que la autorización del vertido y el pago del canon constituya una patente de impunidad frente a los daños causados a bienes de dominio público o de terceros con ocasión del vertido".

<sup>17</sup> Vid. J. JORDANO FRAGA, "La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", *Revista de Derecho Urbanístico* nº119 (1990), p.101; I. SANZ RUBIALES, *Los vertidos en aguas subterráneas*, Madrid 1997 p.205.



culpa de la propia víctima pero con responsabilidad en parte del Ayuntamiento por no haber tomado “medidas verdaderamente eficaces para impedir el acceso a las instalaciones”).

En este sentido, el examen de la relación de causalidad (entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo) ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (RJ 8227) "...si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye *la actuación necesaria para evitar el menoscabo*".

Y se aporta en la propia sentencia el siguiente criterio: "...Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, *sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa*".

Así pues, en casos de responsabilidad, por omisión de la Administración, la cuestión clave de la imputación del daño es la determinación de la posible relación de causalidad, con el límite en todo caso de la fuerza mayor, “entre la omisión administrativa y el fallecimiento”, sin ser necesario que concurra “anormalidad del servicio” (STS de 4 de mayo de 1999 RJ 4910, relativa a “un suicidio de un recluso en su celda por culpa in vigilando dado el carácter defectuoso de la vigilancia llevada a cabo por los funcionarios sobre el suicida”).

- Este criterio de la culpa in vigilando puede relacionarse con supuestos de defectuosa “inspección” de la Administración (STSJ de Aragón de 15 de febrero de 1999, RJCA 1999\3096, responsabilizando a la Administración ante la caída de unas rocas en la calzada con daños en un vehículo particular; STS de 25 de enero de 1992, RJ 1343, responsabilidad administrativa por inspección técnica ineficiente de unas bombonas de propano).

Se reconoce asimismo responsabilidad administrativa en caso de “deficiencias” en el funcionamiento del servicio (STS de 2 de abril de 1992 RJ 1992\3328: fallecimiento de una persona extinguiendo un incendio en auxilio de un Ayuntamiento).

- Otras veces estos mismos criterios de imputación del daño a la Administración se formulan desde el punto de vista de la omisión de los deberes

adecuados de vigilancia (STS de 28 de marzo de 2000 RJ 4051, en un supuesto de un suicidio de recluso con antecedentes suicidas por culpa in vigilando y *omisión del deber adecuado de vigilancia*; STS de 12 de julio de 1990 RJ 7150, ante un suicidio en un Hospital psiquiátrico-militar por parte de un soldado con crisis y depresiones sin que la Administración hubiera prestado un seguimiento del caso y una vigilancia adecuada).

- De ahí que también la STS de 20 de octubre de 1997 RJ 7254 (daños como consecuencia del desmoronamiento de la Presa de Tous) considere que existe responsabilidad administrativa porque “los daños se hubieran evitado, en parte, si no se hubiera producido el desmoronamiento de la Presa, al haber funcionado correctamente los mecanismos de apertura de las compuertas y se hubieran cumplido por la Administración los deberes de vigilancia, control y salvamento en la superficie afectada”, sin que (en este supuesto), incluso admitiendo la existencia de incidencia de fuerza mayor, llegue a eximirse a la Administración de toda responsabilidad “por un hecho que, con independencia de que fuese o no previsible, no puede en forma alguna reputarse inevitable”.

- Asimismo, puede servirnos el criterio del “riesgo creado” en virtud del cual se imputa el daño a la Administración cuando ésta conoce que pueden ocasionarse daños y no toma las medidas apropiadas para evitarlo, creando una situación de riesgo: “la Administración municipal ha de responder de las consecuencias derivadas de la actividad relacionada con el ejercicio de sus competencias, especialmente concernientes al mantenimiento de la seguridad, con ocasión de las fiestas populares, debiendo asumir dicha Corporación las responsabilidades que entrañan consecuencias dañosas, que razonablemente pueden considerarse incardinadas o relacionadas con la celebración normal o anormal de la fiesta popular, sin que en el caso examinado consten hechos suficientemente significativos para estimar alterada la relevancia causal de la actividad del Ayuntamiento en la autorización de la fiesta y la no prevención de sus consecuencias negativas” (STS de 15 de diciembre de 1997 RJ 9357, relativa a un caso de daños en festejos de fuegos artificiales).

Este criterio del riesgo lleva, en algunos sistemas jurídicos, a servir para caracterizar el modelo mismo de responsabilidad administrativa (caso del Derecho alemán y su “Gefährdungshaftung”, es decir, responsabilidad por “riesgo” o “peligro” – OSSENBÜHL-)

Este criterio del riesgo asumible puede matizarse con otra doctrina jurisprudencial de interés: “para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico *basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social*. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable” (STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002, RJCA 2002\346).

- La Administración no puede tampoco (según la STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 22 de marzo de 2002, RJCA 2002\346) limitarse a declinar su responsabilidad, sin indicar al perjudicado a cuál de las partes contratantes corresponde responder, ya que “esta omisión constituye motivo suficiente para atribuir la responsabilidad a la propia Administración”<sup>18</sup>.

A juicio de la Sala el problema radica fundamentalmente “en constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En el presente supuesto, se responsabiliza a un Ayuntamiento por los daños causados por un acto de pirotécnica, en fondo, nuevamente, por omisión de los deberes adecuados de vigilancia: “las medidas adoptadas, fueron realmente insuficientes, y así lo acreditan los hechos ocurridos, debiendo señalarse que la actuación del Ayuntamiento no puede limitarse a adoptar unas medidas de seguridad, sino que ha de vigilar que las mismas se cumplan, y que en todo caso, las adoptadas sean «suficientes» para salvaguardar la integridad física de los espectadores, lo que aquí no aconteció, pues como hemos dicho, el actor se encontraba presenciando los fuegos artificiales -y ello no ha sido contradicho por la demandada- fuera de la zona de seguridad delimitada por la Corporación, a pesar de lo cual resultó lesionado por el impacto de un cohete”. Añade: “En efecto, ténganse en cuenta que los espectáculos de pirotecnia, como el que ahora nos ocupa, entrañan siempre un peligro en sí mismos, siendo generadores de riesgo, y por ello, la obligación de reparar el daño que sobrevenga a un tercero, es una clara exigencia jurídica que no puede obviarse, so pretexto de que se observaron las medidas de seguridad reglamentarias, si resulta que el daño se hubiese podido evitar haciendo algo más, esto es, adoptando medidas de seguridad que hubiesen sido efectivas y suficientes para evitar el acaecimiento de hechos como el que ahora estamos examinando”.

<sup>19</sup> Esta STSJ de 22 de marzo de 2002 aporta los siguientes criterios para determinar la relación de causalidad: a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél. b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra

- Otros casos de responsabilidad administrativa por hecho de terceros son los recogidos en las STS de 11 de octubre de 1975 (por “omisión de la actividad administrativa obligada” en la evitación de la contaminación de un río), del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de marzo de 1997, declarando la responsabilidad patrimonial de un Ayuntamiento por autorizar la apertura de un establecimiento y no vigilar su nivel de ruidos y vibraciones; STS de 26 de diciembre de 1995 RJ 9209 responsabilizando al Ayuntamiento por los daños ocasionados por el derrumbamiento de un edificio.

- Evidentemente, lo normal, cuando concorra culpa de tercero, será, no obstante, que la omisión o tolerancia de la Administración no origine responsabilidad administrativa y que los daños se imputen a su causante directo. La STS de 17 de marzo de 1993 exige, en este sentido, “prudencia en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración” (igualmente, en el Derecho comparado: STS alemán de 10 de diciembre de 1987, BGHZ 102, 350).

De todo esto es ejemplo la STS de 24 de septiembre de 1991 RJ 6971, en la cual se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos adquirentes de unas viviendas construidas por un promotor que edificó en suelo urbanizable conforme a la calificación otorgada en este sentido a dicho suelo por un simple proyecto de plan urbanístico. La tolerancia, en este caso, de la Administración, respecto de las obras realizadas no se considera título de imputación suficiente, ya que corresponde a los adquirentes cerciorarse de la situación urbanística de los terrenos.

En este sentido, no puede llegarse a una suerte de “responsabilidad universal del Estado que garantizara toda clase de daños”. Por eso, la muerte de un recluso

---

del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla. d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

como consecuencia de una sobredosis de droga no es imputable a la Administración (en el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2001 JUR 293398), frente a una pretendida culpa in vigilando por el hecho de no haberse impedido la entrada de drogas en el establecimiento penitenciario, a pesar de ser cierto que sobre la Administración Penitenciaria recae el deber de velar por la vida, la salud y la integridad de los internos (artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria). Además, el hecho de que alguien se encuentre cumpliendo condena en un establecimiento penitenciario “es un dato sin duda relevante pero no es por sí mismo suficiente para afirmar la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio penitenciario y cualquier daño personal o material”.

Esta línea se sigue también a la hora de valorar la posible responsabilidad administrativa ocasionada por unos daños a un alumno al accidentarse cuando intentó penetrar en el centro escolar desde el exterior; la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2000 RJ 2589 nos indica de forma interesante los límites: “Como ha advertido el Consejo de Estado en sus Dictámenes, y ha hecho suyo el Tribunal Supremo en Sentencias anteriores -por todas la de 6 de noviembre de 1996 ó 24 de septiembre de 1997-, «la Administración no tiene el deber de responder, sin más, de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en Centros Escolares de su titularidad, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial pública deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos, *analizando las circunstancias concurrentes en cada caso*”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> El deber adecuado de vigilancia se precisa del modo siguiente: “al estar ante una responsabilidad objetiva, resultaría indiferente, a los efectos de su nacimiento, la mayor o menor diligencia desplegada por los profesores que debían estar vigilando el descanso, momento en que se produjo el accidente; por ello existirá relación de causalidad cuando el accidente se hubiera producido a consecuencia, o al menos influido, por una ausencia total de vigilancia; *pero de lo actuado resulta que el accidente no se debió a dicha falta de vigilancia ni un aumento de esta vigilancia a niveles más allá de lo razonable tampoco habría evitado el accidente*, sobre todo pues el accidente se produce cuando el menor accidentado trata de penetrar en el centro escolar desde el exterior, y saltando la pared medianera que separa dicho centro de una Iglesia colindante; pared medianera en la que, precisamente, se estaban realizando obras para impedir el acceso ilegal”.

De este nivel adecuado de diligencia desprende la Audiencia la ausencia de causalidad: “Por lo tanto, no se aprecia nexo de causalidad alguno que permita relacionar la actividad administrativa con la lesión producida por el hijo del recurrente y ello pues debe considerarse que el accidente no tiene más relación con la actividad de la Administración educativa que el hecho de que se produjo en un centro docente durante el horario escolar; de admitirse en este caso la responsabilidad de la Administración, se *estaría convirtiendo a ésta en una especie de aseguradora universal que respondería de todo aquel resultado dañoso que se pudiera producir en el interior de sus instalaciones, cualquiera que fuera el modo de*

- Por contrapartida, si el perjudicado tiene un seguro con una compañía privada, no vale excepcionar esta circunstancia por la Administración como causa de enriquecimiento injusto para eludir su responsabilidad (STS de 26 de febrero de 1991, RJ 1087).

Como explica la sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2003 (JUR 182339), "el hecho de haber percibido como indemnización 400.000 ptas. de la Compañía Aseguradora Sun Alliance, con la que el Centro de Iniciación Profesional del Ayuntamiento tenía suscrita una póliza de accidentes, *en nada empece al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que aquí se postula*, y en ese sentido la resolución recurrida ciertamente adolecería de una cierta incongruencia".

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, no lo es menos que *"lo que sí impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial es la renuncia del derecho a reclamar efectuada por el propio recurrente, en la medida en que no cabe soslayar que, según el recibo-finiquito que obra al folio 41 del expediente, el actor formuló expresa renuncia al ejercicio de cuantas acciones civiles y penales le correspondieran, así como al percibo de cualquier otra indemnización que pudiera corresponderle*. Interesante es esta sentencia del TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2003 cuando viene a admitir que, mediando culpa de tercero, la responsabilidad de la Administración tiene límites lógicos, presuponiendo en todo caso una situación de inactividad o bien una situación de ineficiencia de su parte<sup>21</sup>.

---

*producirse el accidente causante del daño o la conducta del propio perjudicado. Del hecho de que la responsabilidad de la administración se configure como una responsabilidad objetiva y que la responsabilidad se extienda a los hechos acaecidos aún por caso fortuito, no puede derivarse que se deba olvidar la exigencia de la adecuada relación de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso".*

<sup>21</sup> "Por lo demás, indicar que tampoco consta acreditada la necesaria relación de causalidad que ha de existir entre la lesión y el funcionamiento del servicio público; antes bien, si nos atenemos a los hechos, tal y como consta acreditado que se produjeron, obligado es advertir que el nexo causal aparece interferido por la acción de un tercero y, si bien en principio no queda excluido que se establezca la imputación de la responsabilidad a la Administración en los supuestos de daños producidos a causa de la acción directa de terceros debe repararse, sin embargo, en que el nexo causal ha de establecerse en estos supuestos, bien en relación a una situación de inactividad por omisión de la Administración, o bien con relación a una situación de ineficiencia administrativa. De forma que, para la apreciación de la responsabilidad de la Administración cuando concurre la actividad de tercero y la inactividad de la Administración, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial señalado en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993 (Ar 2037) - en el mismo sentido las ss. TS de 27.11.1993 (Ar 8945) y 31.1.1996 (Ar 474)- a cuyo tenor "...ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad (por mera inactividad de la Administración) cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración

- En un plano normativo puede también recordarse el límite absoluto (de la responsabilidad administrativa) previsto en el artículo 141 de la LRJAP-PAC 30/92 (en la redacción por la Ley 4/1999; STS de 31 de mayo de 1999 RJ 6154), es decir la cláusula técnica en virtud de la cual “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos y circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos (...)”.

- Para el final hemos reservado la cuestión de la carga de la prueba. Es claro que ésta recae sobre quien alega los perjuicios, aunque llega a admitirse generalmente, por la jurisprudencia, una cierta flexibilidad (con límites, por su parte) en cuanto al rigor de la carga de la prueba:

“Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (“semper necesitas probandi incumbit illi qui agit”) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (notoria non egent probatione) y los hechos negativos (negativa non sunt probanda). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998)”.

Pero todo ello con límites: “ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil

---

cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado...”.

acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)<sup>22</sup>.

### **3. Recapitulación en torno a la responsabilidad administrativa y la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas.**

Así pues, si el sector privado asume un ámbito de actuación o responsabilidad pública, aquél será en principio responsable de los daños que pudieran derivarse. Para que la Administración fuera responsable el particular habría de demostrar la imputación del daño a la Administración. Y si la prueba es siempre compleja en materia de imputación de daños (en especial cuando se trata de imputar a la Administración el daño causado por un tercero), en los supuestos de colaboración de los particulares en el ejercicio de una función pública la prueba parece aún más compleja si cabe.

No obstante, la Administración puede conservar un reducto de responsabilidad incluso en los casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de la función pública autorizadora y de verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en la legalidad administrativa, *ya que a la actividad privada rodeará*

---

<sup>22</sup> Sigue argumentando esta sentencia del TSJ del País Vasco que “en el presente supuesto no se ofrecen por el recurrente ninguna de dichas líneas argumentales, limitándose a sostener que la acción culposa es directamente imputable al alumno que manipuló indebidamente la máquina provocando el estallido del ladrillo, refiriendo a continuación que existió “culpa in vigilando” del profesor, en tanto que, según esgrime, de no haber omitido el profesor la diligencia debida, prestando una atención normal al alumno, se hubiera impedido una manipulación indebida. *Sin embargo, tal afirmación genérica no puede ser acogida al estar desprovista, no sólo de carga argumental, (repárese en que el recurrente omite explicitar de manera expresa cómo, por qué y de qué forma se omitió la diligencia debida y cómo, se haberse prestado una atención normal, no se hubiera producido el evento dañoso), sino también del menor sustrato probatorio, incumpliendo así la carga procesal que a él le es exigible, sin que sea posible deducir la existencia de la “culpa in vigilando” del profesor que se alega, de la mera producción del accidente sin más, pues es notorio que no siempre la presencia y atención del profesor puede evitar accidentes como el aquí acontecido. En suma, no existiendo datos o elementos de juicio que permitan hacer ver a este Tribunal que fuera la falta de la diligencia debida por parte del profesor la que ha operado como causa eficiente del siniestro, forzoso se hace concluir con que no aparece acreditado la existencia de un nexo causal eficiente entre una actuación omisiva de la Administración y el resultado dañoso, lo que releva del examen de si puede o no tenerse por acreditado la pérdida de visión del 50% del ojo que se alega” (TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2003, *cit.*).*



*siempre un halo público de intervención que puede manifestarse en cualquier momento*; la función de verificación del cumplimiento de las reglas de seguridad podrá ser una función privatizada en el seno de la función pública relativa en general a la tutela de la debida seguridad. Incluso en el propio ámbito de gestión privada de esta función pública un mínimo de vigilancia administrativa puede ser exigible. Por ejemplo, a la Administración corresponderá examinar si el proyecto adjunta todos los documentos exigibles en la norma y que integran dicho proyecto. Podrá la Administración no discutir el detalle o *contenido* técnico del proyecto, pero sí deberá comprobar si éste presenta formalmente los requisitos precisos. Esta operación conlleva, por su parte, la toma de conocimientos e informaciones por parte de la Administración. Y, entonces, es claro que la información juega un importante relevante a la hora de poder llegar a imputar responsabilidades a la Administración receptora de cuantos datos deben facilitarles los particulares interesados. El campo más propicio para que pueda imputarse el daño a la Administración será, no obstante, aquél que se refiere a su propio ámbito de actuación, es decir las *funciones inspectoras* y todas aquellas funciones que se corresponden con la tutela de la seguridad industrial al margen de la parte privatizada relativa a la verificación del cumplimiento de los requisitos de seguridad.

En la propia parte delegada al sector privado, relativa a la citada verificación, la inactividad administrativa no lleva a excluir la responsabilidad administrativa si el interesado hace valer que la Administración estaba al corriente de los perjuicios ocasionados (no tiene por qué estarlo) y dicha Administración no actuó para impedirlo, creando una situación de riesgo. Si la irregularidad es ostensible y la Administración no interviene, lejos de evitar la responsabilidad, incurre en ella. Pueden recordarse los criterios jurisprudenciales que se han expuesto *supra* y, en particular, la imputación del daño a la Administración en casos de manifiesta ineficiencia (algo parecido a los criterios de responsabilidad penal por omisión según R. RIVERO ORTEGA). También nos consta que, para los tribunales, el hecho de que un daño no se hubiera producido si no se hubiera otorgado una autorización, es causa suficiente para que, en el caso concreto, pueda llegar a imputarse el daño a la Administración autorizante (STS de 28 de noviembre de 1998 RJ 9967).

**Es claro que, si la Administración vigila, es para evitar riesgos, no para crearlos. Pero la omisión de los deberes de diligencia o de eficiencia (a la hora**

de “evitar” riesgos) puede terminar creándolos. La posible ineficiencia se erige acaso en el criterio más útil, dentro de la excepcionalidad, en estos ámbitos de colaboración privada y consiguiente responsabilidad difuminada del poder público.

Desde el punto de vista de las garantías de los particulares no puede afirmarse que necesariamente la "colaboración" lleve consigo un régimen de responsabilidad más desfavorable. Por un lado, el modelo puramente público (en virtud del cual la "verificación" se lleva a cabo por la Administración) no afirma una regla de imputación indiscriminada de los daños a la Administración, ya que, más bien, la responsabilidad se rige por el criterio excepcional de la culpa "in vigilando". Por otro lado, nos consta que, con el modelo de la colaboración, la Administración no elude del todo su posible responsabilidad.

Es imposible descartar la responsabilidad administrativa en términos absolutos porque la sociedad, en estos ámbitos públicos, exige de la Administración, en último término, que exista la debida seguridad (en un plano normativo sería cuestionable la legitimidad misma de un sistema normativo que optara por afirmar expresamente que todas las responsabilidades recaen sobre el sector privado). Aunque en principio excepcional, habría en el sistema jurídico un posible espacio último de responsabilidad pública, que actúa como la bóveda del edificio. Más bien, en cualquier momento podrá plantearse una posible responsabilidad pública porque la Administración siempre está presente en el halo de la esfera privada de intervención. El auge de la técnica explica el fenómeno de la colaboración y por tanto la responsabilidad de los agentes privados. Pero al mismo tiempo la técnica ha traído consigo una vigilancia pública y explica que pueda derivarse responsabilidad administrativa en un ámbito en el cual en principio ésta no se plantearía.

### Referencia bibliográfica:

- V. AGUADO CUDOLÁ, *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 2001.
- V. AGUADO CUDOLÁ, *Silencio administrativo e inactividad*, Madrid 2001.

- E. ARANA GARCÍA, “Naturaleza jurídica de la actividad de inspección técnica de vehículos”, *RVAP*, 54 1999.
- M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid 1997.
- A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid 1985.
- D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por los particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada 2003.
- J.A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid 2000.
- F. CASTILLO BLANCO, “El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones”, *Documentación Administrativa*, 263-264 2002.
- J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona 1999.
- J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona 2002.
- J. ESTEVE PARDO, “La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *RAP* 161 2003.
- G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por los particulares de funciones públicas de inspección y de control”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13 1998.
- S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, Granada 2002.
- C. FERNANDEZ RODRIGUEZ, “La Administración Pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico privadas (comentarios la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994. Sala primera)”. *RAP* 143, 1997.
- T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo, sindicatos y Autoadministración*, 2ª ed., Madrid 1972.
- T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid 1992.

- J.R. FUENTES GASSÓ/J.R. HIDALGO MOYA/R.J. MOLES PLAZA, *La seguridad de los productos*, Barcelona 2001.
- S. GALERA RODRIGO, *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en la prevención de daños ambientales*, Madrid 2001.
- E. GAMERO CASADO, “Las transformaciones del sistema de la responsabilidad administrativa extracontractual”, *III Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, noviembre de 1997, Granada 2000.
- G. GARCÍA-ÁLVAREZ, en J. BERMEJO VERA (director), *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid 2001.
- J.L. GIL IBÁÑEZ, *Las competencias profesionales de los arquitectos técnicos y aparejadores*, Madrid 1992.
- S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001.
- M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales*, Madrid 2000.
- A. JIMÉNEZ-BLANCO, “Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando”, *Revista del Poder Judicial*, 2.
- E. MALARET GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid 1991.
- R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental. Tomo IV*, Madrid 2003
- R. MARTÍN MATEO, *El Marco Público de la Economía de Mercado*, Pamplona 2003.
- L. MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración un balance y tres reflexiones”, *RAP* 150, 1999
- J.L. MUGA MUÑOZ, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones publicas por el contagio de SIDA”, *RAP* 136 1995.
- A. NIETO GARCÍA, “La relación de causalidad en la Administración del Estado”, *REDA* 5, 1975.

- J. ORTEGA BERNARDO, *La intervención pública en la gestión de los residuos industriales*, Madrid 2002.
- F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, Munich 1991.
- J. OTAOLA, “La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, *Revista Actualidad Administrativa*. Marginal 865 00-2 XLIV.
- L. PÉREZ CONEJO, “El uso de las armas de fuego por los agentes públicos: articulación de responsabilidades”, *RVAP* 38 1994.
- S. PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *RAP* 162 2003.
- E. PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación*, Madrid 2000.
- M. PULIDO QUECEDO, *Código de la responsabilidad patrimonial del Estado*, Pamplona 2001.
- R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid 2000.
- M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Barcelona 2003
- S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Calidad industrial e intervención administrativa*, Barcelona 2002.
- E. SÁNCHEZ GOYANES, *La responsabilidad de los Ayuntamientos por daños a los ciudadanos*, Cuadernos de Administración Local 8, Madrid 1999.
- N. DE LA SERNA BILBAO, *Manual de Derecho de la Edificación*, Madrid 1999.
- O. SERRANO PAREDES, *La responsabilidad civil objetiva por daños al ambiente*, Madrid 1995.
- R. STOBER, *Derecho administrativo económico* (traducción de S. González-Varas), INAP, Madrid 1992.
- M. TARRÉS VIVES, “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditgesetz alemana”, *RAP* 145 1998.

- “Las nuevas referencias en el Derecho industrial: acreditación y normalización”, *Autonomías*, 26, 2000.
- *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia 2003.
- J. TORNOS MAS “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *RAP*, 151 2000.
- J. TUDELA ARANDA (coordinador), *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, Zaragoza 1999.