

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

UN CURIOSO SUPUESTO (COLISION DE CABALLO DE INFANTERIA CON VEHICULO PARTICULAR) Y UNA CURIOSA MANERA DE AFRONTAR EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD (JURISDICCION COMPETENTE Y DERECHO A LA INDEMNIZACION).

I. ANTECEDENTES

1. Se produce una colisión de un vehículo propiedad de ATESA con un caballo del Regimiento de Infantería Inmemorial número 1 y su jinete, un soldado del mismo regimiento.

2. Como consecuencia de dicha colisión entre vehículo, por un lado, y caballo y jinete, por otro, sufre desperfectos el vehículo. (Se desconoce si también los sufrió el caballo y el jinete. Es de suponer que sí, aunque no tiene importancia para este comentario.)

3. La Sociedad ATESA decide reclamar daños y perjuicios y para ello interpone la reclamación previa a la vía civil ante el Ministro del Ejército.

4. Por el Ministro se resuelve la reclamación en sentido negativo por no ser la vía utilizada la adecuada, ya que según el Ministerio la competente, no es la jurisdicción civil ordinaria, sino la contencioso-administrativa.

5. En vista de tal Resolución ATESA interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que gana, en base a consideraciones bastante curiosas de la Sala Juzgadora.

II. LA SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1978

Los considerandos de esta Sentencia de la Sala Cuarta, de la que fue ponente el Excelentísimo señor don José Luis Ponce de León y Belloso, dicen lo siguiente:

«Que el problema que plantea este recurso, dados los términos en que el mismo se encuentra concebido, consiste en si la resolución ministerial que se impugna está o no ajustada a las pretensiones deducidas por la recurrente ante la vía administrativa y reiterada ante esta jurisdiccional, y a este respecto es preciso destacar

que cuando se formula la reclamación por la accionante ante el Ministerio del Ejército, lo es para ser resarcida de los daños sufridos en el vehículo de su propiedad con motivo del accidente objeto del presente recurso, como trámite previo al ejercicio de la acción civil correspondiente, y, por tanto, para que se considere esta reclamación en dicha vía administrativa, pero el citado Ministerio la resuelve denegándola en base de que la parte reclamante no ha elegido la vía adecuada para ser la aplicable la normativa del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y por ello es incompetente la jurisdicción ordinaria e improcedente la reclamación previa a la judicial en vía gubernativa, que sólo procede cuando es aplicable el artículo 41 de dicha Ley, con lo cual resulta que esta Resolución ministerial, al desestimar tal reclamación, hay que entender que ello implica una denegación presunta en vía gubernativa, pues si no, debió acceder a dicho pedimento y al no hacerlo así entonces en vez de dar por agotada dicha vía gubernativa como trámite previo a la judicial ordinaria que era lo que procedía, se limita a declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria elegida, aunque prescindiendo, en cambio, de resolver expresamente sobre la procedencia o no de la reclamación solicitada como era obligado pronunciarse previamente en este caso, a tenor de lo previsto en los indicados preceptos legales y en los artículos 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, reguladores de esta materia.

Que esto sentado es imprescindible tratar en esta resolución previamente sobre la pertinencia o no de la reclamación que por la accionante se formula a fin de resarcirse de los daños que se le causaron con motivo del accidente origen de estos autos, puesto que en realidad, caso de accederse a ello, sería ya intrascendente tratar del problema de la citada delimitación de competencias por ser o no la aplicable la vía jurisdiccional elegida, y en caso de denegarse tendría que estimarse agotada la vía gubernativa como trámite previo a la judicial ordinaria, para de este modo resolver debidamente la pretensión deducida por la reclamante en el presente recurso.

Que la obligación del mencionado resarcimiento surge en este caso del mero hecho de la actuación del servicio público o actividad administrativa existente en la producción de la lesión patrimonial, que genera por sí sola la correspondiente responsabilidad objetiva de la Administración a consecuencia del resultado de tal funcionamiento, y cuando además concurren las condiciones exigidas, para su efectividad, como son: realidad del daño producido, valoración económica del mismo, que se cifra en la cantidad importe de la reparación de los daños en el vehículo siniestrado con motivo del accidente, determinación individualizada en orden a sus sujetos activo y pasivo, y la correspondiente relación de causalidad, o sea, que el daño causado sea consecuencia de la acción administrativa causante del mismo, todas las que resultan adecuadamente justificadas en estos autos sin impugnación alguna del análisis de

los presupuestos fácticos obrantes en ellos, toda vez que la acción ejercitada por la recurrente en el presente recurso contencioso-administrativo se proyecta hacia la exigencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad, a causa del accidente contemplado en el mismo, pues en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, como es la presente, sólo se exige los requisitos objetivos antes mencionados y que el perjudicado, como es natural, haya solicitado de la Administración su indemnización.

Que, en definitiva, son atribuibles a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se suscitan referidas en general a la responsabilidad patrimonial de la Administración de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, y también a virtud de la extensión otorgada a esta jurisdicción por el artículo 4.º de la misma Ley, que abarca las decisiones que más o menos relacionadas con el orden administrativo tengan conexión con un recurso de esta naturaleza y más aún por el amplio contenido que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha dado a la responsabilidad objetiva de que aquí se trata, lo cual viene a demostrar la procedencia de resolver en este caso tal reclamación, puesto que las normas de nuestro ordenamiento jurídico que con carácter general regulan el tema de la cobertura patrimonial de los administrados por responsabilidad de la Administración, dan por supuesto que el interesado acuda primeramente a la propia Administración en reclamación de su pretendido derecho, siendo por lo demás absolutamente lógico que entonces la misma Administración pueda admitir si procediese la pretensión indemnizatoria y sin que fuera preciso seguir entonces adelante con respecto a la jurisdicción competente, en definitiva, para resolverla, o en el caso de negar su procedencia dar por agotado el trámite gubernativo previo a la vía judicial correspondiente.

Que, por consiguiente, es preciso reconocer que el Estado cubre los riesgos que para los particulares puede entrañar su actividad, ejerciendo la propiamente administrativa susceptible de originar lesión patrimonial conforme sucede en el supuesto de autos, por lo que se tiene que dar lugar a la reclamación formulada por la recurrente y en su consecuencia declarar no ser conforme a derecho el acto administrativo impugnado, el que, por tanto, se deja sin valor y efecto alguno.

Que no se hace especial condena respecto a las costas de este recurso, por no darse las condiciones previstas a tal efecto en los artículos 81 y 131 de la Ley jurisdiccional.»

III. COMENTARIO

1. *Dualidad de jurisdicciones y privilegio de decisión previa*

Para comprender en todo su significado la Sentencia de 8 de noviembre de 1978, debe partirse de unos datos que si bien encierran una gran riqueza de cuestiones, hay que dejar aquí simplemente constatados.

Debe constatar, en primer lugar, que para la Administración Pública

no hay unidad de jurisdicción. Cuando surge un conflicto entre administrados y alguna de las Administraciones Públicas puede ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, pero puede también serlo la civil (laboral...) (1).

La dualidad apuntada presupone evidentemente un criterio de diferenciación que encauce las acciones hacia una u otra jurisdicción, y que, en términos muy abstractos y sin perjuicio de excepciones, no viene a ser otro que el que tradicionalmente distingue el Derecho Administrativo del Civil (2). Tal dualidad plantea graves problemas derivados de su misma existencia y que empieza por el de concretar y determinar cuál es el criterio delimitador. En este orden de ideas, la prejudicialidad (3) juega una importancia fundamental, aunque dentro de las limitaciones que esta figura conlleva y concretamente en relación con el efecto de cosa juzgada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se discuta sobre la validez de una concesión administrativa: aun declarada válida con carácter de firmeza por la jurisdicción contencioso-administrativa, la civil podrá declarar que el terreno sobre el que recae dicha concesión no es de Dominio Público, sino de un tercero (...) (4).

Por otro lado, la jurisdicción contencioso-administrativa al configurarse, tradicionalmente, como revisora de la actuación administrativa, presupone la existencia de tal actuación y concretamente de un acto administrativo que enjuiciar para, en su caso, invalidarlo y, en su caso también, sustituirlo por el adecuado al ordenamiento jurídico. Presuposición de un acto administrativo, por tanto, que conecta con el tema de la denominada autotutela DECLARATIVA, en primera potencia: la intervención jurisdiccional se produce *ex post facto*, es decir, con posterioridad al acto administrativo. No obstante, hay que añadir que no basta la existencia de un acto administrativo para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; antes de impugnar ante el Juez el aludido acto debe *recurrirse* contra el mismo *administrativamente*: la Administración, caso de conflicto originado por su acto, es quien dirige por primera vez. Sería la manifestación en *segunda potencia* de la aludida autotutela: el administrado, antes de poder acudir a los Tribunales debe agotar la vía administrativa, por si la Administración opta por *rectificar* (5).

Cuando la competencia corresponde a la jurisdicción civil, la posibilidad de acceder al Juez de tal carácter, viene también condicionada. No se trata evidentemente de que la jurisdicción civil tenga carácter revisor, se trata de constatar la necesidad que tiene el administrado de reclamar lo que va a pedir en la jurisdicción ordinaria ante la Administración, previamente, por si ésta opta por *acceder* a dicha reclamación (6).

(1) En general, y por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, artículos 1, 2 y 3.

Desde el punto de vista crítico, la línea que arranca de J. GARCÍA TREVIJANO en *RAP*, 34; LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 49; A. NIETO, *RAP*, 50.

(2) Específicamente sobre el tema, R. MARTÍN MATEO, *RAP*, 55.

(3) J. GONZÁLEZ PÉREZ, citado, artículo 4.º, y la bibliografía que recoge.

(4) Véase la bibliografía que recogía en la nota 45 de mi comentario en el número anterior de esta Revista.

(5) Así ya antes en esta Revista, núm. 524, págs. 129 y ss.

Son interesantísimas las cuestiones que la polémica entre A. NIETO y J. R. PARADA en la *RAP*, números 50, 55, 57, 59.

(6) J. GONZÁLEZ PÉREZ en el núm. 509 de esta Revista y la bibliografía que recoge. De singular interés es el estudio de SANTAMARÍA en *RAP*, 77, conectando con el tema de la reclamación con la conciliación y con el privilegio de decisión previa desde una perspectiva histórica.

De lo dicho se advierte, que tanto en los supuestos de la competencia de una como otra jurisdicción, antes de entrar en el proceso, debe haberse entrado en contacto con la Administración haciendo ver el conflicto planteado. Cuando se trata de supuestos en los que es competente la contencioso-administrativa (y sin perjuicio de que durante el procedimiento que va a dar lugar al acto se pueda manifestar ya, por algún interesado, el conflicto planteable) el cauce será el correspondiente recurso. Cuando de la civil la denominada reclamación previa.

2. *La dualidad y el privilegio en los supuestos de responsabilidad de la Administración*

Es conocida la evolución del tema de la dualidad de jurisdicciones en esta materia. Partiéndose del dato de ser, el de satisfacerse por responsabilidad de la Administración (administradores) un derecho de índole civil, según el criterio de las distintas versiones de las Leyes de Jurisdicción, expresamente se vino considerando por el Derecho positivo la unidad de jurisdicción *civil* (7). Unidad que se refería en la Ley de Régimen Local vigente (8) y se confirmaría en la Ley de Expropiación Forzosa, considerando que podrían lesionarse derechos de carácter civil o administrativo, en la primera y, en la segunda, que la responsabilidad podrá venir reconocida en la misma, o en otras leyes (9), lo que justificaría una diferenciación de jurisdicciones. Pero diferenciación de jurisdicciones. Pero diferenciación que de nuevo se rompería para reestablecer la unidad de jurisdicción, aunque ahora *contencioso-administrativa*, en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (11). Así las cosas, de nuevo resucitará la dualidad en la Ley de Régimen Jurídico, en base al criterio del tipo de relación jurídica (de Derecho administrativo o privado) en la que se actúe cuando se produzca el daño.

Posible dualidad de jurisdicciones, por tanto, en esta materia, lo que viene ha hacernos conectar con lo que antes se dijo, tratándose de la civil la jurisdicción competente, para demandar será necesario primero utilizar la reclamación previa. Respecto de los supuestos de competencia de la jurisdicción contenciosa, la resolución, no obstante, no es paralela a lo que dijimos, habría que distinguir tres supuestos. El primero sería el de daños ocasionados por consecuencia de un acto ilegal de la Administración. En tal supuesto la articulación de la reclamación por responsabilidad, operará a través de la impugnación del correspondiente acto (12). Hay otros dos supuestos, sin embargo, en los que dicha articulación no se produce. Sería uno, el de actos lícitos de la Administración, pero que dan lugar a indemnización (13). Otro sería el de daños causados con independencia de acto administrativo alguno en sentido propio, y abarcaría las actuaciones materiales de la Administración, así como simples hechos

(7) Ley de 5 de abril de 1904 y Ley municipal republicana (de 31 de octubre de 1935). Ver LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 42, 173.

(8) L. MARTÍN RETORTILLO, *cit.*, 174.

(9) *Id.*, 176.

(10) *Id.*, 179, también interesa J. GONZÁLEZ PÉREZ, comentarios citados, el artículo 3.º

(11) Sobre la gestación de la Ley son suculentas las consideraciones que hace L. MARTÍN RETORTILLO, *citado*, 183 y ss.

(12) *Id.*, 195 y 213 y ss.

(13) Así en el texto relacionado con las notas 8 y siguientes, y dichas notas de mi comentario sobre accidentes de circulación aparecido en dos números antes de esta Revista.

referibles a la misma (incluidas las omisiones). ¿Qué ocurre en estos supuestos? (14). En el primero aludido, evidentemente, aunque hay acto administrativo previo, es impensable la utilización de un recurso para acceder a la jurisdicción. En el último ni siquiera hay acto administrativo. Esto es lo que interesa subrayar. Que en estos supuestos, y en base a los principios antes vistos, se exige un previo acto administrativo, que pueda ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa, y una reclamación que se plantee ante la Administración, antes de acudir a dicha jurisdicción contencioso-administrativa, en definitiva, que se pida la indemnización a la Administración, por si decide acceder a la misma, antes de iniciarse el proceso. Se advierte, por tanto, que en estos supuestos el carácter revisor de la jurisdicción y el privilegio de decisión previa, tienen respuesta en un sólo momento. Y se advierte también que el supuesto se separa de lo que tradicionalmente constituyen los momentos administrativos del conflicto que acabará desembocando en un proceso (contencioso-administrativo): en cierto modo se asemeja a los casos en que la competencia corresponde a la jurisdicción civil, aunque no esté expresamente prevista una regulación previa como cauce específico.

Con todo lo anterior se puede concluir que es triple la articulación del acceso al proceso. Si la competencia es de la jurisdicción civil: reclamación previa a la vía judicial civil. Si la competencia es de la contencioso-administrativa: la estructura típica, cuando la responsabilidad está relacionada con ilegalidad de algún acto; pero simple solicitud a la Administración, en los demás casos. Solicitud la que decimos, que dará lugar a un procedimiento administrativo, no específicamente tipificado, y que se ajustará a la tramitación general.

3. *El considerando primero o el Planteamiento de la cuestión*

Las cuestiones suscitadas por la colisión de o con el caballo y jinete del Inmemorial queda planteada en la sentencia objeto del comentario, en los siguientes términos: ATESA considera competente a la jurisdicción ordinaria y, por tanto, entabla reclamación previa a la vía judicial civil pidiendo ser indemnizada en la cantidad de 22.388 pesetas. No obstante, el Ministro del Ejército no resuelve expresamente si accede o no a la reclamación, limitándose la resolución a no considerar adecuada la vía utilizada por no ser la competente la civil, sino la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente esta resolución es la que da lugar a que ATESA entable el recurso que da lugar a la sentencia. Pues bien, el planteamiento del recurso en estas circunstancias nos suscita una serie de análisis, que pueden concretarse en dos sentidos:

En un primer sentido se trata de constatar el problema de la viabilidad del contencioso, en un primer acercamiento, ya que aun respetándose el carácter revisor del mismo (existió acto previo) habría que preguntar, primero, si debió recurrirse administrativamente contra dicho acto y, segundo, si puede entablarse recurso contencioso.

Lo primero viene cuestionado por el hecho de que a pesar de tener la resolución el calificativo de ministerial, al no estar el supuesto contemplado en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-adminis-

(14) Id., notas 11 y siguientes.

trativa, cabría plantear la exigibilidad del recurso de reposición previo al contencioso, dada la conexión del aludido con el artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico.

Lo segundo vendría planteado por el hecho de ser el acto precisamente resolución de una reclamación previa a la vía civil y no ser susceptibles de recurso contencioso, según el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, este tipo de resoluciones.

Pues bien, con referencia a este último punto, efectivamente, debe constatarse cómo si en la resolución sí se accede a la reclamación de indemnización, lógicamente carecerá de sentido el contencioso (y la vía civil) al quedar el reclamante satisfecho y cómo si no se accede, lo que tendrá sentido es acudir a la jurisdicción civil para que se le reconozca el derecho, y no el acudir a la contenciosa para que *revise* tal resolución (15). En el caso de la sentencia comentada, no obstante, debe resaltarse que el planteamiento responde a una resolución que se limita a declarar que la vía utilizada no es la adecuada y que la competente es la jurisdicción contenciosa, de aquí que sea posible sostener que lo que tiene más sentido es precisamente acudir a la aludida jurisdicción, y de aquí también que quepa constatar un segundo sentido de la problemática, y concretamente el tema de qué hubiera pasado si el particular hubiese interpuesto la correspondiente demanda civil. ¿Sería posible? Aun siendo posible, por entender desestimada la reclamación, ¿podría calificarse por el Juez civil si se cumplieran todos los trámites exigidos y concretamente la intervención de la Dirección General de lo Contencioso del Estado? ¿Qué alcance tendría la sentencia civil respecto de la declaración de incompetencia formulada por el Ministro del Ejército? No voy a entrar en este enfoque de la problemática, porque lo que importa es que ATESA interpuso recurso contencioso-administrativo sobre la base del contenido de la referida orden ministerial y que la elección salió bien, dadas las consideraciones utilizadas por el Tribunal Supremo.

Ahora bien, como veíamos, quedaba pendiente un tema, el de los prolegómenos administrativos al recurso contencioso, ¿era necesario interponer recurso de reposición? La cuestión se contesta implícitamente en la sentencia comentada, en sentido negativo. Porque, el problema tal y como queda planteado en el PRIMER CONSIDERANDO, por el Supremo, presupone la identificación del supuesto con el de las peticiones de indemnización de responsabilidad previa al acceso a la dicción contencioso-administrativa, y como veíamos con anterioridad tales peticiones resumen en un momento lo que artificiosamente habíamos denominado principio revisor (que exista un acto administrativo) de la jurisdicción contenciosa y requisito del pronunciamiento previo por la Administración sobre el conflicto (acto en el que no se acceda a la solución del conflicto que podría haberse solventado sin necesidad de intervención judicial caso de ser afirmativa la resolución). Así el Supremo entiende que, aunque no expresa sí presuntamente, se ha resuelto acerca del derecho a la indemnización.

Ahora bien, dicho lo anterior y descartada la exigencia del recurso de reposición, lo que sí se plantea es el problema de la exigencia de la vía adecuada a que se refería el Ministro del Ejército. Esto es, el problema

(15) Ver J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 246, y la Jurisprudencia que cita.

de si para recurrir hubiera sido preciso que ATESA, ante la resolución obtenida, primero hubiera acudido (vía petición o solicitud a la Administración de su petición, y no vía reclamación previa a la vía judicial civil) de nuevo a la Administración en busca de pronunciamiento sobre el fondo.

Pues bien, la resolución dada por el Supremo (repito que implícitamente) es perfectamente adecuada al principio antiformalista que informa tanto el procedimiento como el proceso administrativo, así como a lo que ya constatamos con anterioridad: que tal vía de articulación de la petición de indemnización se asemeja a la reclamación previa a la vía civil, y que no tiene previsto un procedimiento expreso, siendo aplicable, por tanto, el general. Procedimiento general, que dada su generalidad, cabrá perfectamente en los trámites de la reclamación previa a la vía civil, y que es de suponer se haya seguido al adoptarse la resolución objeto del recurso. En definitiva, el Supremo entiende que la petición previa al contencioso sobre responsabilidad, se entiende ya cumplimentada con la reclamación que se utilizó (ver incisos finales de los considerandos tercero y cuarto), pasando a analizar el tema planteado en el recurso que se le interpone.

4. El considerando segundo o la forma de plantear la cuestión

Partiendo el Supremo del presupuesto de entender cumplimentados los prolegómenos administrativos, pasará, por tanto, al análisis del conflicto. Y para ello tendrá que responder a dos cuestiones que serían la de si la jurisdicción contencioso-administrativa es competente y la de si ATESA tiene derecho a la indemnización y que, sería de esperar, que quedarían planteadas en el orden expuesto.

Pues bien, lo que debe quedar constatado es cómo se plantean dichas cuestiones en el considerando segundo. Recuérdese lo que dice. En síntesis, que debe contestarse a la cuestión de si es pertinente la reclamación de ATESA. Si no lo fuera ya no tendría trascendencia ver si es o no competente la jurisdicción contencioso-administrativa o la civil. Si no lo fuera, se entendería agotada la vía gubernativa (reclamación previa) y abierto el acceso a la jurisdicción ordinaria (civil).

Respecto de la última conclusión baste resaltar el problema de si sería necesario que se hubieran cumplimentado todos los trámites de la reclamación previa a la vía civil. Problema que se resuelve en el sentido doblemente afirmativo de considerar la necesidad y que los trámites deben entenderse cumplidos. De aquí que si, recordamos lo que se decía con anterioridad, hubiera sido negativa la sentencia comentada, en la jurisdicción civil no se plantease ya el problema de calificar o no la legalidad del procedimiento.

Más interés tiene la problemática que suscita el otro supuesto, es decir, el que la sentencia entendiese (como va a entender según veremos) que sí es pertinente la reclamación formulada. Pues bien, la reclamación desde el punto de vista del recurso contencioso-administrativo entablado, presupone los dos aspectos de la problemática antes vista, es decir: de un lado que la contencioso-administrativa es la jurisdicción competente y, por otro, que hay derecho a la indemnización.

En el orden lógico y, por tanto, cronológico de planteamiento (16) en primer lugar, la competencia. Al respecto pueden resultar dos decisiones. Una, que no sea la contencioso-administrativa, sino la civil, la jurisdicción competente. En tal caso, la sentencia que comentamos en siguientes considerandos al segundo, hubiera hecho constar que no entra en la cuestión de fondo desplazando la decisión sobre el derecho a la indemnización a la posible sentencia civil. En el caso contrario, hubiera analizado la cuestión de fondo decidiendo al respecto, previa declaración (expresa o implícita) sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, lo que salta a la vista en la sentencia comentada es que el planteamiento haya sido el inverso al esperable, porque resulta del considerando analizado en este epígrafe, que lo primero a determinar es si hay o no derecho a la indemnización, y, en el caso de que se responda afirmativamente, que ya el problema de la competencia de jurisdicciones no tiene trascendencia, es intrascendente. ¿Qué quiere decirse en esto? Pues simplemente, si se toma como consciente la consideración hecha, que la jurisdicción contenciosa puede conocer del asunto, aunque también es competente la jurisdicción civil, «aunque también es competente la civil», porque caso de ser negativa la solución respecto de la cuestión del derecho a la indemnización, como vimos, quedaba abierto el acceso a dicha jurisdicción entendiéndose agotada la vía gubernativa (reclamación previa). Da la impresión, por tanto, que quiere decirse que la competencia es alternativa, potestativa (17) en otra jurisdicción, y más concretamente fue admitida la reclamación en la contencioso-administrativa, para el caso de ser negativa, darse, además, la oportunidad de acudir a la vía judicial civil.

Da la impresión, como hemos dicho, que la competencia parece ser potestativa, pero caso de que el Supremo, en la sentencia que comentamos, no hubiera querido decir tal cosa... ¿Cómo justificar que se plantee primero el problema del derecho a la indemnización y que luego ni siquiera sea necesario plantear el de la competencia? Conste que no se justifica expresamente, pero parecería deducirse la justificación del modo de plantear el caso de dos datos: por un lado el carácter revisor de la jurisdicción, en cuya sede se está sentenciando (no sólo se trata de revisar si la declaración acerca de la competencia de la civil es o no admisible, sino también la declaración presunta de no ser admisible la indemnización), y por otro lado el carácter prejudicial del derecho a la indemnización. En este último aspecto conste la referencia al artículo 4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el considerando cuarto y los problemas que presenta la utilización de esta figura si se analiza el supuesto con profundidad. Porque, efectivamente, parece que la sentencia se basa en el carácter prejudicial de la cuestión del derecho a la indemnización (último inciso del primer considerando, y considerando cuarto), pero, evidentemente, la cuestión no es de tal carácter en tanto que implica un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, que además no presupone ningún otro pronunciamiento de carácter administrativo (compárese el ejemplo de la concesión antes dicho con el del supuesto de la sentencia): en el ejemplo la decisión sobre la *titularidad* era prejudicial

(16) Sobre impugnación por terceros, J. GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la L. P. A.*, Madrid, 1977, artículo 40, págs. 620 y ss.

(17) Tal es una de las posibilidades que apunta L. MARTÍN RETORTILLO, cit., 205 y ss.

a la decisión sobre la validez de la concesión sobre el dominio público, en la sentencia en cuanto se decida sobre el derecho a la indemnización, como bien decía el Supremo, la cuestión acerca de la competencia ya no tiene trascendencia. Efectivamente, todo queda bien atado, porque reconocido el derecho, y salvo si se suscitare un hipotético conflicto de jurisdicciones, ¿qué sentencia civil podrá obtenerse? ¿Acaso una que declarase que la indemnización era un enriquecimiento sin causa?

5. *El considerando tercero o el derecho a la indemnización*

Según la forma de plantear la cuestión por la sentencia que comentamos, curiosamente, lo primero a analizar es si hay o no derecho a la indemnización. Pues bien, según este planteamiento se da una solución, en el considerando tercero, de carácter afirmativo. Hay derecho a la indemnización. Pero... ¿en base a qué criterios se llega a tal solución? (18). Esto es lo que debe quedar subrayado: que la afirmación del derecho se hace con criterios de la responsabilidad que se recogen en el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico, es decir, como de responsabilidad Administrativa (19), contraposición a responsabilidad civil de la Administración (20), y podría cuestionarse: primero, si la responsabilidad de la Administración es siempre determinada según los mismos criterios sustantivos en sede contencioso-administrativa que en sede civil (21) y caso de que no sean los mismos, los criterios a utilizar, segundo, de qué sirve (en el caso de respuesta negativa al derecho) abrir posteriormente la vía civil. Porque resulta evidente de primera vista (22), que si no se admite la responsabilidad administrativa, quede cerrada la posibilidad de responsabilidad civil (23) y también, incidiendo en la cuestión segundamente planteada, cabría plantear hasta qué punto no se está prejuzgando un problema de competencia con criterios que presuponen dicha competencia: si según los criterios del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (...) hay derecho a la indemnización puede que según los criterios de la responsabilidad tradicionalmente civil no haya derecho.

Con independencia de la problemática que suscita la afirmación (repeto, consciente hay que entender) del Supremo, lo que queda claro de la lectura del tercer considerando es que los requisitos positivos de la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico se dan por cumplidos. Así como que los negativos deben entenderse, implícitamente, no concurrentes, esto es, que no concurrió fuerza mayor (...) ni culpa por parte del conductor del vehículo de ATESA.

(18) No se entra en juicio de valor sobre la *conclusión*. Lo que quiere el texto es subrayar y llamar la atención por el medio utilizado.

(19) En la que predomina la nota del carácter *objetivo*.

(20) En la que predomina la nota del carácter *directo*. En relación con esto ver las referencias hechas en las notas 13 y 14.

(21) Es decir, aunque se trate de relaciones de Derecho privado y la Jurisdicción, según el 41 de la Ley de Régimen Jurídico, deba ser la civil, ¿se aplicarán los requisitos sustantivos del artículo 40 de la L. R. J.?

(22) Y con independencia que los riesgos de la circulación aparezcan objetivizados. (Aquí por demás, en el caso de la sentencia, los daños son causados por un caballo: que no es vehículo de motor).

(23) Los términos de la responsabilidad según el artículo 40 L. R. J. son mucho más amplios que los de la civil tradicional.

6. *Planteamiento previo al considerando cuarto o el problema de la competencia*

Acabamos de ver cómo el planteamiento del Supremo puede ser discutible, pero desde el punto de vista de la *conclusión*, la de que hay derecho a indemnización, sería aceptable en tanto en cuanto efectivamente sea la competente la contencioso-administrativa, en cuya sede se produce la sentencia.

Ahora bien, ¿es competente en el supuesto la jurisdicción contencioso-administrativa? La cuestión, desde luego, la tiene bien presente la Sala Cuarta al dictar la sentencia que comentamos, porque aparte el peculiar planteamiento antes visto, dedica el considerando cuarto a dicha justificación. Pues bien, con independencia del modo, que veremos en el siguiente epígrafe, de justificar (*a posteriori*, y con conciencia de que los anteriores considerandos no bastaban) la competencia, deben constatarse varios datos para comprender qué significado pueda tener dicho considerando.

El criterio determinador de la jurisdicción estaba originariamente referido al derecho en sentido subjetivo, pero a partir de la Ley de Expropiación Forzosa se interpretó doctrinalmente (24) como referido al Derecho, en sentido objetivo, aplicable y calificante de la relación jurídica que sirva de punto de referencia, tal y como posteriormente recogería la Ley de Régimen Jurídico en su artículo 41 a sentido contrario. Sin sentido contrario, y positivamente, tanto los de la Ley de Expropiación Forzosa como el 40 de la Ley de Régimen Jurídico hacían ver que cuando el daño se ocasionase con ocasión del funcionamiento de un servicio público la competencia quedaría atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa y tal es el criterio en el Derecho positivo vigente. Ahora bien, ¿cómo se interpreta este criterio? Partiendo de un sentido amplio del término servicio público (25) pueden distinguirse distintos supuestos que delimitan la cuestión (26). En primer lugar, aquel funcionamiento *Normal* de la Administración, incluso concretado en actos administrativos (lícitos), que sin exigir las formalidades de la Expropiación Forzosa, sí dan derecho a indemnización, si se pide. En último lugar, aquel funcionamiento *Anormal* de la Administración que (con independencia de la culpa e incluso delito del *Funcionario* y que pueda concurrir en determinados supuestos, también imputables a la Administración) como consecuencia de la idea de riesgo que la existencia misma de dicha actividad administrativa implica, también da derecho al resarcimiento del daño que se hubiere ocasionado, si se pide. En los primeros casos estaríamos ante sacrificios de particulares que al repercutir en el beneficio de la colectividad deben *indemnizarse* por ésta (limitaciones fundamentalmente). En el último caso estaríamos ante la responsabilidad directa de la Administración garantizadora de las indemnizaciones que den lugar los actos de quienes han sido escogidos para la realización de funciones públicas (sin perjuicio de repetición) o en el de riesgos, que al hacerse objetivos, deben ser pagados por la colectividad que se beneficia de la actividad que conlleva tales riesgos (explosión de polvorines, disparos de las fuerzas del orden...).

(24) Así desde E. GARCÍA DE ENTERRÍA en los *Principios de la expropiación forzosa*, 197 y ss.

(25) LORENZO MARTÍN RETORTILLO, cit., 187 y 191 y ss.; M. CLAVERO, *RAP*, 66, 74 y ss. y sentencias que cita.

(26) Una sistematización de la teleología a que responden los supuestos en mi Comentario en dos números anteriores de esta Revista, como digo en las notas 13 y 14.

Pues bien (aparte el caso intermedio que supondría la conservación y existencia de bienes de dominio público (27), según estándares mínimos), entre los dos supuestos contemplados ¿corresponde a alguno de ellos el caso de la sentencia? ¿Es competente en el caso la jurisdicción contencioso-administrativa?

En relación con la cuestión planteada debe constarse, y basta la constatación, cómo precisamente los supuestos de choques de vehículos son los que quizá más dudas vienen presentando a la jurisprudencia tanto en aspectos penales (jurisdicción militar) como en los civiles y administrativos.

Pueden servir de ejemplos las Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta de 2 y 28 de junio de 1963 (28) y 11 de noviembre de 1965; de la Sala Tercera las Sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo, de 26 de septiembre de 1958 y 18 de abril de 1961; y de la Sala Primera la de 20 de marzo de 1975. Y precisamente las dudas se suscitan por el hecho de ser el accidente de circulación, en cuanto choque de vehículos, un riesgo no exclusivo de la actividad administrativa, dado que el simple hecho de circular motorizadamente supone un riesgo, y tal tipo de circulación no supone una calificación administrativa, ya que mucho más que la Administración (al menos cuantitativamente) circulan los de tal manera administrados. En cualquier caso (29), en el supuesto concreto de la sentencia comentada, quizá el problema venga dado en términos más claros, porque, en efecto (en este país al menos y, sobre todo, por la zona de Rosales), no es frecuente que los accidentes de circulación se ocasionen en concurrencia de un caballo, siendo además claro en el supuesto, que el caballo está afecto si no a un servicio público en su sentido más estricto, sí a la defensa del territorio nacional. La diferencia entre un caballo y un utilitario parece prejuzgar la cuestión, de igual modo que si la diferencia lo fuera entre un carro de combate y el utilitario de turno, aunque tenga matrícula P. M. M.

7. *El considerando cuarto o el tema de la competencia*

Que resulta claro que la competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, puede justificar el fin pretendido por la sentencia que comentamos. Pero ¿qué medios utiliza para conseguir pronunciarse sobre el derecho a la indemnización? Aparte de lo que quedó dicho con anterioridad, y refiriéndose a los argumentos utilizados para considerar que, «en definitiva, es atribuible a la jurisdicción contencioso-administrativa», resalta la citación tan solo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la cual, todas «las cuestiones que se susciten referidas en general a la responsabilidad patrimonial de la Administración son atribuibles a la jurisdicción contencioso-administrativa». ¿Por qué no se tiene en cuenta la Ley de Régimen Jurídico? ¿Acaso el nuevo criterio

(27) La falta de conservación supondría un funcionamiento anormal del servicio público de conservación de carreteras. La falta de existencia o mala calidad, funcionamiento normal, en cuanto labor de selección de objetivos de la política de Obras Públicas, que tendería a determinadas regiones, prescindiendo de inversiones en otras.

(28) Esta sentencia aparece recogida en la *Revista de Derecho de la Circulación* (1964, 725) y debe llamarse la atención sobre la fuerte crítica de que fue objeto por MARTÍN RETORTILLO, cit., 201 y siguientes.

(29) Así, J. SANTOS BRIZ: *Derecho de la Circulación*, 179 y ss. Puede verse también M. CLAVERO, citado.

establecía la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, más adecuada para la regulación del tema? (30).

En segundo lugar resalta la utilización de la prejudicialidad para justificar la competencia jurisdiccional ejercida en la sentencia. Al tema ya nos referimos con anterioridad, destacando su difícil utilización. Ahora subrayamos que podría entenderse como criterio interpretativo (?), pero que en definitiva viene a poner de manifiesto que la Sala no tiene suficiente seguridad en los argumentos utilizados antes, y a los que intenta añadir uno nuevo, aunque sea éste.

En tercer lugar, causa sorpresa que el amplio contenido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la responsabilidad objetiva de que aquí se trata, sea justificación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Acaso una interpretación generosa de los requisitos de la responsabilidad significa una decisión acerca de la jurisdicción competente? Desde luego no. A no ser que se esté refiriendo el tema al mismo concepto de servicio público, que es requisito para que la responsabilidad sea administrativa y criterio delimitador, al tiempo, de jurisdicciones.

8. *Conclusión*

La conclusión de la sentencia que hemos comentado es clara: la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de la responsabilidad resultante de los choques de vehículos con caballos del Ejército. Lo oscuro, desde luego, es el *camino* que se ha seguido para poder llegar a tal conclusión y que ha intentado recorrerse en estas líneas poniendo de manifiesto los otros que podían haberse seguido y comentando los obstáculos y dificultades del escogido.

J G. S.

(30) Es igual sentido, manejando sólo la (anterior) JJC-A y prescindiendo de la L. R. J. (posterior) la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1977 (PÉREZ FRADE).