

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El principio de dualidad de jurisdicciones para juzgar a la Administración pública.*—III. *Unidad de jurisdicción.*—IV. *La dualidad de jurisdicciones y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública:* 1. Evolución legislativa.—2. Régimen jurídico vigente.—3. Conclusión.—V. *La Sentencia de 17 de marzo de 1973:* 1. Introducción.—2. Tratamiento jurídico de la jurisdicción.—3. La delimitación de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en materia de aguas.—4. La jurisdicción competente para conocer de los daños ocasionados por apertura de pozos y ejecución de obras subterráneas: a) La entidad administrativa que ocasionó el daño. b) El modo de actuación de la Administración.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

Una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo—sentencia de 17 de marzo de 1973—ha puesto de nuevo sobre el tapete uno de los temas más graves que tienen planteado los distintos sistemas de justicia administrativa: el de la dualidad de jurisdicciones para juzgar a la Administración pública. Y precisamente referido a uno de los aspectos en que, por plantearse en términos más acuciantes, se ha intentado—al menos, entre nosotros—una solución radical: la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

La sentencia de la Sala Primera de 17 de marzo de 1973—de que fue ponente don Emilio Aguado González—no duda en considerar que los Tribunales civiles tienen jurisdicción para conocer de una pretensión de indemnización frente a la Administración pública. Y lo hace invocando como fundamento la vigencia de un precepto de nuestra venerable—y venerada—Ley de Aguas, el 256, apartado c), por entender

que este precepto «no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa». Concretamente, los términos del primer considerando de la sentencia son los siguientes:

«Que en el primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia abuso de jurisdicción, por razón de la materia, conociendo en asunto que no pertenece a la jurisdicción ordinaria, sino a la contenciosa, pues el artículo 40 de la Ley sobre régimen jurídico de la jurisdicción civil del Estado, texto refundido de 26 de junio de 1957, concretamente referida al último inciso del artículo 2, en relación con el párrafo primero y también con el tercero, b), de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, a cuyo tenor la jurisdicción conocerá de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; pero a ello es de oponer lo siguiente: A) Que se plantea la excepción en momento inoportuno, puesto que se dejó pasar todo el período expositivo del juicio y sólo se alegó en el acto de la vista; ello constituiría una cuestión nueva, eliminada de la casación, si no fuera por el carácter de 'orden público' que la alegación tiene y que obliga a examinarla de oficio. B) Que la materia aparece recogida en el capítulo XV de la llamada Ley de Aguas, en cuyo artículo 253 se especifica lo que es objeto de la jurisdicción administrativa, y en los restantes artículos del mismo título se ocupa de la jurisdicción civil; específicamente, en el artículo 256, número segundo, que compete igualmente a los Tribunales del orden civil, el conocimiento de las cuestiones relativas a los daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular, cuya enajenación no sea forzosa... 'Por la apertura de pozos artesianos y por la enajenación de obras subterráneas.' C) Este artículo no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa atendiendo al rango particular del mismo y a su especialización; es Ley adaptada a un fin concreto, que priva siempre frente a la Ley general. D) Así lo ha entendido la misma reglamentación administrativa, como lo prueba el oficio de la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura, que al resolver la reclamación previa en vía administrativa termina el último considerando diciendo: 'Siendo competencia de los Tribunales de Justicia el conocimiento de estas cuestiones', con cita expresa del artículo 256 de la vigente Ley de Aguas.

La trascendencia de la doctrina y sus importantes repercusiones en el régimen de Justicia administrativa exigen que nos ocupemos especialmente de esta sentencia, en función del principio de dualidad de jurisdicción, del que es una consecuencia más.

II. EL PRINCIPIO DE DUALIDAD DE JURISDICCIONES PARA JUZGAR A LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. Cuando, por razones históricas harto conocidas (1), se va a interpretar el principio de división de poderes parcialmente en detrimento del poder judicial, postulando la necesidad de juzgar los litigios administrativos de manera especial, a fin de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos (2), surgiendo todo un sistema peculiar de Justicia administrativa, no se va a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todos los litigios en que es parte la Administración, cualquiera que sea la materia sobre que versen. El principio «juzgar a la Administración es también administrar», únicamente exige que un cierto número de asuntos contencioso-administrativos, en los que el interés general puede verse amenazado por los intereses particulares, sean conocidos por una jurisdicción especializada (3). Por tanto, respecto de aquellos asuntos en los que no aparezca con este carácter prevalente el interés general, no hay razón alguna para sustraerle de la normativa común, de los jueces comunes y de los procesos que ha de seguir cualquier otro sujeto de Derecho para dirimir sus controversias.

2. De este modo se produce una posible doble actuación de la Administración pública, con la consiguiente repercusión en el orden procesal (4). Ante un litigio con una Administración pública se plantea como problema previo el de la elección de la jurisdicción competente. Lo que dependerá del Derecho aplicable que, en definitiva, sirva de fundamento a la pretensión.

Porque la Administración pública no siempre aparece como tal, investida de las prerrogativas de poder y sujeta a su Derecho de privilegio.

(1) Una visión general, en CHEVALIER, *L'elaboration historique du principe de separation de la juridiction administrative et de l'Administration active*, París, 1970. Recientemente, destacando la influencia política en la elaboración y desarrollo del principio, LOSCHAK, *Le role politique du juge administratif français*, París, 1972, en especial págs. 57 y ss. SERRIGNY dirá: "Reglamentar, obrar es administrar; levantar los obstáculos, pronunciándose sobre las reclamaciones que suscita la acción administrativa, es todavía hacer acto de Administración. La Administración... sería un poder detenido, trabado a cada paso y completamente imposibilitado de moverse, si no se reafirmara en el mismo el derecho de juzgar la validez de las oposiciones que hace nacer" (en *Traité de l'organisation de la competence et de la procedure en matiere contentieuse administrative*, 1.^a ed., 1842, tomo I, pág. 21).

(2) SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, páginas 82 y ss.

(3) SANDEVOIR, *Etudes*, cit., pág. 83.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, *El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa*, "Revista de Derecho procesal iberoamericana", 1971, págs. 79 y ss., en especial págs. 82-84.

Aparece, a veces, como cualquier otro sujeto de Derecho, sometida al mismo ordenamiento que los particulares: adquiriendo los bienes que necesita mediante contratos de compraventa, utilizando el trabajo de obreros en régimen laboral, etc. Y cuando así lo hace, los litigios derivados de estas relaciones deberán decidirse ante la jurisdicción común o especial que corresponda.

La Administración pública puede, por tanto, aparecer como parte en los distintos procesos que en cada ordenamiento jurídico se arbitran para satisfacer las pretensiones según la rama del Derecho que constituye su fundamento. El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye de su conocimiento no sólo a «las cuestiones de índole civil o penal, atribuidas a la jurisdicción ordinaria», sino también «aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones».

En consecuencia, el problema de la delimitación se ha planteado respecto de cada una de estas otras jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa, si bien adquiere especial relieve cuando se trata de la delimitación respecto de la jurisdicción ordinaria (5).

El problema, pues, se traduce en el más amplio—y especialmente complejo en los supuestos límites—de la delimitación de las distintas ramas del Derecho. La naturaleza del Derecho aplicable—dirá RIVERO—«determina el orden de jurisdicción competente; no se ve la posibilidad de dar otro fundamento al sistema distinto y las dificultades que el mismo comporta hoy no tienen otra causa que la progresiva interpretación de los dos derechos, que tienden a reemplazar la frontera antigua por una zona de transición» (6).

Allí donde se aplique Derecho administrativo, allí donde exista un acto administrativo, los conflictos que surjan deberán decidirse por el Juez administrativo. Será la jurisdicción contencioso-administrativa la que se pronunciará sobre la validez del acto, aun cuando su invalidez derive precisamente de haberse dictado con incompetencia total de la Administración por versar sobre materia cuyo conocimiento correspondía a la

(5) El hecho de que la Administración pública aparezca como parte procesal en un proceso no administrativo no quiere decir que se someta íntegramente a las mismas reglas que los particulares, sino que, incluso en estos supuestos, la presencia de un ente público supone importantes especialidades. Cfr., por ejemplo, en el proceso, G. AMORTH y T. TOMASICCHIO, *Il giudizio civile con lo Stato*, Milán, 1963. Por nuestra parte, en *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", Padua, 1957.

(6) En el prólogo a la obra de FROMONT, *La repartition des competences entre les Tribunaux civils et administratifs en Droit allemand*, París, 1960, página III.

jurisdicción ordinaria, pues si bien los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, sí la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia. Así, sentencia de 18 de junio de 1964 (7).

El Juez administrativo es, por tanto, el defensor por antonomasia de la legalidad administrativa. A él ha de acudir el administrado cada vez que sus derechos resultan vulnerados por el obrar administrativo. No existe ni ha existido ninguna otra institución que pueda parangonarse a él en la salvaguarda de los derechos fundamentales. La excelsa función del Juez adquiere toda su plenitud en el proceso administrativo. Porque en él, a diferencia de otros procesos, se intenta la composición de un litigio producido entre partes situadas en planos de manifiesta desigualdad. No es ya la desigualdad económica o social que pueda darse—y de hecho se da—en otros procesos. Es la desigualdad sustancial, esencial, entre un sujeto desprovisto de toda prerrogativa y otro investido de todos los poderes.

3. Tradicionalmente, este sistema de dualidad de jurisdicción para juzgar a la administración pública se ha opuesto a aquellos otros en los que la Administración estaba sometida al mismo Derecho y era juzgada por los mismos Tribunales que los demás sujetos de Derecho. Pero es lo cierto—como ha destacado muy expresivamente ESCARRAS—que la atribución a un solo orden de instituciones del conocimiento de todos los conflictos de Derecho no ha sido realizada en ninguna parte (8). En todos los países, en todos los sistemas, se da una dualidad de actuación: existen asuntos en que es parte la Administración que están sometidos a normas especiales y que se dirimen por Tribunales que no son los comunes, mientras que otros asuntos están sujetos al Derecho común y se deciden por la jurisdicción ordinaria. Podrá variar el ámbito de unos y otros. Pero lo que es incuestionable es la existencia de ambos tipos de actuación. Por eso no puede decirse que la dualidad de jurisdicción sea propia de determinados sistemas. Se da también en los sistemas calificados de «unidad de jurisdicción».

4. Esta dualidad—y multiplicidad—de jurisdicción para juzgar a la Administración pública ha planteado no pocos problemas prácticos. Ya MACAREL había afirmado que «lo que se plantea más formalmente y lo que es más difícil de juzgar en materia contencioso-administrativa es la

(7) Una referencia a esta doctrina jurisprudencial en mis comentarios de jurisprudencia contencioso-administrativa, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, págs. 194-203, y en *Los recursos administrativos*, 2.^a ed., Madrid, 1969, págs. 52-53.

cuestión de competencia». Si ya en la creación del contencioso-administrativo se comprobaba esta idea, es hoy cuando la doctrina se ha preocupado especialmente del problema. «El reparto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la judicial asombra a la doctrina y exaspera a los particulares» (9). Y en uno de los trabajos críticos más serios sobre el contencioso-administrativo francés se ha colocado el sistema de dualidad de jurisdicciones en el puesto que merece, dentro de las graves quiebras del sistema (10).

De aquí la tendencia reciente hacia la unidad de jurisdicción. Pero una unidad de jurisdicción al revés. Es decir, así como tradicionalmente cuando se hablaba de jurisdicción se estaba pensando en la jurisdicción común como única para juzgar todos los litigios, ahora se piensa en que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de todo litigio en que sea parte la Administración (11).

III. UNIDAD DE JURISDICCION

Uno de los temas de moda en la bibliografía continental europea y, sobre todo, en la española más reciente, es el de si debe o no subsistir esta dualidad de jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas en relación con actos de la Administración.

La tesis de la unidad ha encontrado entre nosotros decididos defensores, que han aducido argumentos convincentes (12).

a) El argumento quizá decisivo de todos los invocados no es otro que el de las dificultades para delimitar el ámbito de la jurisdicción administrativa y el de la jurisdicción ordinaria. Dificultades existentes desde el momento mismo del nacimiento del sistema, por las razones políticas contingentes que le justificaron, y agravadas en la evolución ulterior por la interpenetración entre lo público y lo privado. «La falta de criterios claros de reparto de competencias provocaba un auténtico desconcierto en quienes estaban directamente relacionados con el Derecho, tanto los Jueces como los Letrados, y no digamos ya lo que sucedía con los par-

(8) *Les experiences belge et italienne d'unité de juridiction*, París, 1972, página 3.

(9) SANDEVOIR, *Etudes*, cit., pág. 86.

(10) GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, París, 1972, páginas 162 y ss.

(11) Al tema dediqué mi ponencia al Quinto Congreso Internacional de Derecho procesal, celebrado en Méjico en 1972. Cfr. OLIMPIO DE CASTRO FILHO, *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*, "Revista de Derecho procesal iberoamericana", 1972, págs. 375 y ss.

(12) GARCÍA TREVILJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa*

ticulares, legos, por lo general, en la materia. Se comprende, por tanto, que un sistema como éste no fuera nada útil» (13).

b) Consecuencia ineludible de esta situación son los riesgos gravísimos que se corren, ante un acto de la Administración, al decidir la jurisdicción a que habrá de acudir. Quizá más expresivo que todo comentario sean las cifras estadísticas, tomando como base las decisiones dictadas en Francia, durante el año judicial 1965-1966, por el Consejo de Estado; las dificultades de competencia debidas a la dualidad de jurisdicciones ha determinado que en un 1,1 por 100 de las decisiones hayan declarado la inadmisibilidad por este motivo (14). Es cierto que en España la situación es distinta. Ahora bien, si la dualidad de jurisdicciones no conduce a inadmisibilidades que se traduzcan en situaciones de denegación de justicia, a que alude LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (15), por los principios antiformalistas que informan la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (16), sí conducen a lo que, con frase que ha hecho fortuna, RAMÓN PARADA ha denominado el «peregrinaje de una a otra jurisdicción» (17). De aquí las ventajas de la unidad de jurisdicción al desaparecer toda posibilidad de conflicto de competencia entre Jueces ordinarios y Salas de lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, esta imposibilidad de conflicto entre unos y otros órganos no sería absoluto. Porque, en efecto, el sistema propugnado lo que postula es la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

en España, "Revista de Administración pública", núm. 34, págs. 293-310; L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, "Revista de Administración pública", núm. 42, págs. 169-214, y *Unidad de Jurisdicción para la Administración pública*, "Revista de Administración pública", núm. 49, págs. 143-189; PARADA, *Los orígenes del contencioso-administrativo en Derecho español*, Sevilla, 1963, págs. 122-124; MARTÍN MATEO, *Derecho administrativo y materia contenciosa*, "Revista de Administración pública", número 55, págs. 115-116; RIVERO YSERN, *Perspectivas de las cuestiones prejudiciales en el contencioso-administrativo*, "Revista de Administración pública", número 62, págs. 189-190.

(13) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., págs. 181-182.

(14) GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, París, 1972, páginas 163-164.

(15) *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 182.

(16) El artículo 5.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone:

"1. La Jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable.

2. Los órganos de la Jurisdicción podrán apreciar, incluso de oficio, la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes sobre la misma.

3. En todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará siempre indicando la concreta jurisdicción que se estime competente, y si la parte demandante se personara ante ella en el plazo de un mes, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo la indicación de la notificación del acto o ésta fuere defectuosa."

para conocer de todos los litigios en que fuese parte la Administración pública subjetivamente considerada, lo que plantea inmediatamente el problema, tampoco nada fácil, de distinguir las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas. El hecho es reconocido por los defensores del sistema de unidad, pero dicen que este problema es «más fácil de solucionar, porque aquí se puede utilizar, incluso en los casos marginales, un criterio enumerativo» (18), lo que supondría volver por otra vía al viejo sistema de enumeración—anterior al de cláusula general—para delimitar el ámbito de jurisdicciones: en vez de enumerar materias, se enumerarían entes.

c) La desaparición de las razones históricas que sirvieron de fundamento de la separación de jurisdicciones se invoca también como argumento importante a favor de la unidad. No olvidemos que, como se destacó al principio de este trabajo, la razón que justificó la separación tiene un carácter eminentemente político (19), determinando la existencia de dos jurisdicciones sustancialmente distintas. Pero desde el momento que la Ley española de 1956 encuadra ésta en la común organización judicial, «¿tiene sentido reclamar una jurisdicción en lugar de otra al objeto de asegurar más adecuadamente la defensa institucional de un determinado valor?» (20).

No hay que olvidar, por supuesto, el único argumento que hoy conserva su vigencia a favor de una jurisdicción administrativa especializada diferente de la ordinaria: la preparación de los titulares de los órganos jurisdiccionales que han de conocer de los litigios administrativos (21).

El argumento tampoco es desconocido por los defensores de la unidad. «Tampoco habría que conceder demasiada importancia a otra posible objeción—se dice—: la de que los Jueces civiles están especializados en unas materias, mientras que los Jueces de los Tribunales contencioso-administrativos lo están en otras. No tendría importancia esta objeción porque tal como lo establece nuestro Derecho positivo los Jueces de lo contencioso-administrativo no son una categoría independiente de Jueces,

(17) En *Los orígenes del contencioso administrativo*, cit., pág. 123. Frase que se repite por todos los autores españoles que se han ocupado del tema.

(18) GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 309.

(19) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 146, refiriéndose al tema, señala: "No olvidemos que una de las querellas del pasado siglo va a ser la llamada querella de los Tribunales: aquí sólo podemos hacer una alusión al complicado proceso que se centra en torno a la lucha por la unidad de fuero; la conciencia de que la pluralidad de órdenes encargadas del enjuiciamiento de las distintas cuestiones es algo que se debe superar, está muy arraigada a lo largo del pasado siglo; es un auténtico proceso, una auténtica lucha que ofrece manifestaciones constantes y que presenta una evolución cuajada de idas y venidas y de altibajos."

(20) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 174.

(21) Cfr. *ut supra*, ap. II, 2.

sino que provienen de los mismos Jueces que sirven los Tribunales civiles teniendo encima un plus de especialización. Por tanto, no se crea que los Magistrados de lo contencioso-administrativo no tengan la formación que actualmente se resuelven en los Tribunales civiles. Quizá la opinión contraria sería cierta, pero no se puede sostener en absoluto que los Magistrados de lo contencioso-administrativo no tengan la formación y especialización para resolver las materias que ocupan habitualmente a los Jueces de los Tribunales civiles» (22).

d) La reforma resultaría fácil de implantar en España dada la regulación tradicional de nuestro ordenamiento, que exige siempre un acto de la Administración que habilite el acceso a la vía jurisdiccional. Hoy, cuando la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, a ese acto se llega a través de los recursos administrativos ordinarios o especiales que procedan; cuando la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, se llega mediante la reclamación previa a la vía judicial, que regulan los arts. 138 a 146 de la Ley de Procedimiento Administrativo. De aquí que, tanto en uno como en otro supuesto, la parte deberá deducir su pretensión ante la Administración pública y después acudir al Tribunal, mediante escrito de interposición (demanda pura), en el que solicitará el envío de las actuaciones administrativas (23).

En definitiva, pues, el argumento más importante de los invocados no es otro que las dificultades de delimitación del ámbito de las jurisdicciones respectivas, con la consiguiente inseguridad jurídica de los administrados. Y frente a ello, como argumento decisivo de los defensores de la dualidad, la especialización de los Magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de litigios administrativos.

Si tenemos en cuenta que las dificultades de delimitación se dan, sobre todo, en materias concretas, como contratos y responsabilidad, con la unidad de jurisdicción respecto de ellas se habría dado un paso decisivo para garantizar la seguridad jurídica. Y así lo ha entendido algún sector de la doctrina, que sin llegar a la unidad total, la considera necesaria en aquellas materias polémicas.

(22) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 187.

(23) GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 309.

IV. LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La consagración con carácter general de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente obligación de indemnización de cualquier daño ocasionado por su actividad ha sido una de las conquistas más laboriosas de la historia del Derecho administrativo. En España no se consiguió hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, después de una lenta serie de conquistas legislativas parciales.

Pues bien, una vez alcanzada la cima se atribuyó la competencia para conocer de las pretensiones de indemnización a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa. Si bien esta cláusula, de competencia general, quedaba condicionada por el mismo texto del precepto legal, al limitarla a todos aquellos casos en que, con arreglo a la propia Ley, hubiese derecho de indemnización. Expresión que permitió a la doctrina mantener la dualidad de jurisdicciones para conocer de las pretensiones de indemnización, en cuanto que se consideraba competente la jurisdicción contencioso-administrativa para todos aquellos casos en que el acto causal del daño fuese administrativo (24).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin embargo, trató de superar las enormes dificultades que la delimitación de las competencias respectivas planteaba en esta materia y, con un criterio simplista, trató de hacer realidad el principio de unidad de jurisdicción, al menos en este concreto sector de nuestro ordenamiento. El artículo 3, apartado b), atribuye al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». A tenor de este texto, pues, cualquier cuestión de responsabilidad patrimonial de la Administración pública debería plantearse y decidirse por la jurisdicción contencioso-administrativa. Cualquiera que fuese el fundamento, cualquiera que fuese el modo de acción de la Administración, si lo que se planteaba era una cuestión de indemnización de los daños ocasionados por la actividad de un ente administrativo, la única jurisdicción competente era la contencioso-administrativa.

Pero este laudable intento unificador de la Ley de la Jurisdicción

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 197-202.

Contencioso-Administrativa quedó sin efecto al promulgarse unos meses después la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, en su artículo 41 dispone: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como los actos propios de la Administración (25). La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.» Este cambio de criterio en tan corto espacio de tiempo pone de manifiesto la absoluta falta de coordinación entre los departamentos (26). De aquí las críticas que suscitó. Como dijo LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «cualquiera que sea el juicio sobre el sistema establecido por la Ley jurisdiccional, lo cierto es que no va a durar mucho. Parece como si el legislador no se hubiera detenido a pensar, al menos en este caso, que las modificaciones bruscas e impensadas de los textos legales constituyen un atentado al derecho de seguridad jurídica que reconoce a todos los ciudadanos el artículo 17 del Fuero de los Españoles» (27).

2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Si la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa suponía una derogación de la normativa anterior, que partía del sistema de dualidad de jurisdicción, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 42, vino a restablecer el sistema tradicional. A tenor del ordenamiento vigente, pues, en materia de responsabilidad de la Administración pública, esto es, de las entidades que enumera el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conocerán los Tribunales ordinarios o los contencioso-administrativos según el modo de acción de la Administración. En efecto:

a) El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administra-

(25) PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1961, págs. 47-49; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 185 y ss.

(26) La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa se elaboró en el seno del Ministerio de Justicia, mientras que la del régimen jurídico de la Administración lo fue en el seno de la Presidencia del Gobierno, donde empezaba su carrera política al frente de la Secretaría General Técnica Laureano López Rodó, que, teniendo participación decisiva en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, no tuvo participación en la elaboración de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(27) En *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, "Revista de Administración pública", núm. 42, pág. 183. En el mismo sentido, GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., págs. 304-307, y CLAVERO, *La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración*, "Revista de Administración pública", núm. 69, págs. 87-123.

ción del Estado, al reconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria cuando el Estado actúe en relación de Derecho privado, está señalando los efectos procesales de las distintas posiciones de la Administración pública ante el Derecho. La pretensión de indemnización por daños causados por un ente público deberá deducirse ante una u otra jurisdicción, según el Derecho regulador de la actividad que ocasionó el daño.

Si la Administración pública, cuando ocasionó el daño, actuaba como cualquier otro sujeto de Derecho, sujeta al Derecho común, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dice que cuando actúe el Estado *en relaciones de Derecho privado* es cuando la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

El precepto plantea, por lo pronto, el problema del ámbito de aplicación: en cuanto sólo se refiere al *Estado*—la Ley de Régimen Jurídico regula únicamente la «Administración del Estado»—, no parece aplicable a otras Administraciones públicas—concretamente, local e institucional—. Por lo que si respecto del Estado rige la dualidad de jurisdicción, no ocurrirá así respecto de estas otras Administraciones. Las pretensiones frente a éstas se regirán por el principio de unidad que estableció el artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Aparte de los supuestos en que el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, ¿existen otros en los que la cuestión de su responsabilidad patrimonial habrá de plantearse ante una jurisdicción que no sea la contencioso-administrativa? Concretamente, la cuestión se plantea en el ámbito laboral, en las relaciones jurídico-laborales en que sea parte el Estado u otra entidad pública.

Cuando la actividad de una Administración pública en esta esfera produce un daño patrimonial del que debe responder, ¿ante quién debe formularse la pretensión de indemnización? Por ejemplo, si un ente administrativo despide a un empleado sujeto a Derecho laboral y formulada la correspondiente pretensión ante la Magistratura de Trabajo se declara el despido injustificado, ¿ante qué jurisdicción habrá de plantear la responsabilidad patrimonial?

Parece evidente que en estos supuestos, no ya por el precepto del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que derogó el régimen de unidad de jurisdicción, sino por el ordenamiento del proceso laboral, la jurisdicción competente será la laboral, previa la reclamación gubernativa que regula la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 138 y sigs.).

c) Por tanto, el ámbito de aplicación del precepto tan general

contenido en el artículo 3, apartado b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha quedado reducido:

a') Respecto del Estado, a aquellos casos en que actúe como tal ente público sujeto a su Derecho especial, el Derecho administrativo (art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), investido de prerrogativas. Los daños que ocasione como tal, en ejercicio de las potestades públicas, ejerciendo actividad propiamente administrativa, sujeta al Derecho administrativo, determinará una responsabilidad que únicamente podrá exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Como dice una sentencia de 7 de junio de 1967 (ponente: Cruz Cuenca), «quedando fuera del ámbito de la Ley Jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de la Ley de Expropiación y 41 de la Ley de Régimen Jurídico, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas de Derecho privado, de forma que... para tener competencia la jurisdicción ordinaria sería requisito indispensable que la Administración hubiere actuado como persona jurídica privada, igual que cualquier particular, sin hallarse investida en el desarrollo de su actividad de la prerrogativa o atributo de poder» (28).

b') Respecto de los entes públicos distintos del Estado puede entenderse subsistente el principio de unidad de jurisdicción que consagró el artículo 3, b), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si bien quedará fuera del ámbito de esta jurisdicción la responsabilidad patrimonial derivada de relaciones laborales, que deberán ser planteadas ante esta jurisdicción.

Así lo admite CLAVERO respecto de la Administración local. Siguiendo a L. MARTÍN-RETORTILLO, no duda en afirmar que la dualidad jurisdiccional reinstaurada por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no puede afectar a las corporaciones locales (29). Sin embargo, considera que no existe unidad de jurisdicción sobre respon-

(28) Por mí comentada en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1967, páginas 1730-1742.

(29) CLAVERO, *La quiebra*, cit., págs. 96-97. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial*, cit., págs. 209-210. Cita, sin embargo, alguna sentencia en que se aplica ocasionalmente la posibilidad de dualidad de jurisdicción en la esfera local. Así, la sentencia de 10 de marzo de 1969, que dice: "Pero es que además el artículo 3.º, b), establece, para que no haya lugar a dudas, que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, fórmula que debe privar, aunque hemos de apreciar que estamos moviéndonos en el campo de los entes locales, haciendo abstracción de lo normado en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado."

sabilidad patrimonial de los órganos autónomos, en aplicación del artículo 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (30).

Evidentemente, el artículo 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, en su párrafo primero, dice que «contra los actos no sujetos al Derecho administrativo de los órganos autónomos podrán los interesados ejercitar ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, *en la misma forma y con los mismos requisitos establecidos a este respecto para la Administración centralizada*». Pero el precepto no se refiere específicamente a la responsabilidad patrimonial de dichos órganos, como hace el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado al regular la responsabilidad del Estado. Por lo que estamos en presencia de una norma general que difícilmente puede prevalecer ante una norma especial, como la del artículo 3, *b*), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. CONCLUSIÓN

El intento de unidad de jurisdicción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para juzgar las pretensiones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública fracasó. Pero, en todo caso, ha de partirse de un hecho incuestionable: que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa derogó todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción contencioso-administrativa (31). Así como las reguladoras del procedimiento administrativo

(30) CLAVERO, *La quiebra*, cit., pág. 98, dice: "Evidentemente no se aborda específicamente el tema de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial, pero dada la fecha de la Ley, posterior a la de la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la dualidad general de jurisdicciones que contiene y dado el régimen dual establecido también en materia de responsabilidad por la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, es de interpretar que la dualidad de jurisdicciones se da también en los Organismos autónomos en materia de responsabilidad patrimonial, superando estas circunstancias a la posible interpretación favorecedora de la unidad jurisdiccional, nacida del principio por el cual la norma especial en materia de responsabilidad de la Administración contenida en el artículo 3.º, *b*), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, era de aplicación preferente a la norma general de dualidad jurisdiccional contenida en los artículos 77 y 78 de la Ley de entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958."

(31) No puede admitirse el criterio mantenido por algunos comentaristas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que consideraron vigentes las normas del viejo Reglamento. Así, NEGRE VILLAVECHIA, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, pág. 174, y Rfós SARMIENTO, *Legislación contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, páginas 251 y ss.

En contra, CORDERO TORRES, en *La Ley de enjuiciamiento civil como suple-*

sólo fueron derogadas en cuanto se opusieran a aquella Ley, «las relativas a la jurisdicción y procedimientos contencioso-administrativos» fueron derogadas en su totalidad, se opusieran o no a la nueva normativa (32). Se trataba, en definitiva, de consagrar el principio de unidad legislativa: que la regulación del proceso administrativo estuviera contenida en un solo texto legal. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa existe en España unidad de jurisdicción, en tanto en cuanto una norma posterior de igual rango no haya establecido norma distinta.

Esto supuesto, vamos a enfrentarnos con la doctrina de la sentencia de la Sala Primera de 17 de marzo de 1973.

V. LA SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1973

1. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia, en su considerando primero (antes transcrito), no duda en considerar vigente el artículo 256 de la Ley de Aguas y, en aplicación del mismo, reconoce la competencia de los Tribunales ordinarios para conocer las cuestiones relativas a los daños ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular cuya enajenación no sea forzosa «por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras subterráneas».

La doctrina contenida en este primer considerando es muy discutible. Si lo es respecto de las conclusiones a que llega, mucho más lo es en cuanto a la argumentación que utiliza para ello. Examinemos, pues, esta doctrina, tanto en el aspecto procesal como en el de Derecho material.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción constituye el primer requisito o presupuesto procesal. Para que un órgano de una jurisdicción pueda conocer determinada pre-

toria del procedimiento contencioso-administrativo, "Revista de Administración pública", núm. 27, pág. 13. Con criterio correcto, CORDERO afirma que los que consideran vigente el Reglamento olvidan la coma que separa las dos partes de la disposición final segunda y el claro texto del apartado I, párrafo quinto, del preámbulo.

No hay que olvidar que los preámbulos de las disposiciones constituyen fuente de interpretación auténtica (v. gr., sentencias de 20 de mayo de 1950, 4 de noviembre de 1957, 25 de octubre de 1958, 25 de febrero y 23 de junio de 1959).

(32) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1964, I, pág. 153.

tensión es necesario que la cuestión planteada esté dentro del ámbito de la jurisdicción.

Por responder a principios fundamentales de organización del Estado son notas esenciales del tratamiento jurídico de este requisito procesal las siguientes:

a) La improrrogabilidad. La jurisdicción es improrrogable. Incluso la jurisdicción civil. Mientras que la competencia es normalmente prorrogable, la regla en materia de jurisdicción la representa la improrrogabilidad (33). El artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que «la jurisdicción civil podrá prorrogarse...», pero se trata de un error terminológico, como pone de manifiesto el texto del artículo, que revela que está refiriéndose a la «prórroga de la competencia» (34).

Precisamente por este carácter improrrogable es indiferente que en el acuerdo resolviendo la reclamación previa a la vía gubernativa se dijera que la competencia correspondía a los Tribunales de Justicia. La indicación de una jurisdicción errónea en el oficio de notificación no es en modo alguno vinculante. Como dice el artículo 5, párrafo tercero, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al referirse a la resolución declarando la falta de jurisdicción, «en todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará siempre indicando la concreta jurisdicción que se estime competente, y si la parte demandante se personara ante ella en el plazo de un mes, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo la indicación de la notificación del acto o ésta fuere defectuosa».

b) La potestad del órgano jurisdiccional para examinar su propia jurisdicción, aun cuando no se hubiera planteado por las partes. En este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1973 sienta una correcta doctrina al plantearse—y resolver—la supuesta falta de jurisdicción, pese a no haberse planteado por las partes en el momento procesal oportuno. Ello constituiría—dice la sentencia—una cuestión nueva y, por tanto, eliminada de casación. Pero—añade—por el carácter de orden público que la alegación tiene «obliga a examinarla de oficio».

(33) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Clínica procesal*, México, 1963, páginas 456-457; GUASP, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, I, página 306.

(34) La improrrogabilidad de las demás jurisdicciones está expresamente consagrada en los textos reguladores. Así, el artículo 5.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. LA DELIMITACIÓN DE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS

La Ley de Aguas fue promulgada cuando la delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se hacía por el sistema de enumeración de materias, en lugar de por el de cláusula general, que instauró la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888. De aquí que a partir de la entrada en vigor de esta Ley fuesen admitidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuantas cuestiones se dedujeran en relación con actos sujetos a Derecho administrativo, con independencia de que estuviesen o no enumeradas en el artículo 253 de la Ley de Aguas (35).

Desde el momento en que nuestro sistema contencioso-administrativo se delimita por el sistema de cláusula general, la enumeración que se contiene en la Ley de Aguas no tiene otro carácter que el puramente interpretativo, en orden a verificar cuándo estamos ante una cuestión jurídico-administrativa—de la que conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa—y cuándo ante una cuestión de Derecho civil—de que conocerá la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, la sentencia que comentamos considera vigente el artículo 256 de la Ley de Aguas. Afirma rotundamente que «este artículo no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa atendiendo al rango particular del mismo y a su especialización; es Ley adaptada a un fin concreto, que priva siempre frente a la Ley general».

Esta doctrina es muy discutible. En efecto:

a) El precepto de la Ley de Aguas, en cuanto se limita a delimitar el ámbito de una jurisdicción en relación con otra, tiene un indudable carácter procesal o «contencioso». Así como otros preceptos de la Ley de Aguas tienen un carácter de Derecho material, los artículos 253 y siguientes son de naturaleza procesal. De aquí que no parezca correcto decir que uno de estos preceptos «no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa». Por el contrario, precisamente por su carácter, por lo que pueden ser derogados es justamente por disposiciones contenciosas, esto es, por disposiciones que regulen la delimitación de competencias entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa de modo distinto a como lo hacía la Ley de Aguas.

b) El segundo argumento de los invocados en el considerando no es otro que el carácter especial de las normas de la Ley de Aguas, que debe prevalecer—se dice—frente a cualquier norma general posterior.

(35) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1966, II, págs. 82-83.

Es evidente—así lo ha reconocido una reiterada jurisprudencia, tanto civil como contencioso-administrativa—que una Ley general no deroga una Ley especial anterior. Ahora bien, cuando una norma regula toda una materia con carácter general, es obvio que las distintas disposiciones anteriores sobre la materia quedan derogadas.

En definitiva, es lo que ocurre siempre que se intenta la unificación legislativa sobre una determinada materia. La promulgación de la Ley general sobre la misma implica una derogación de todas y cada una de las disposiciones anteriores reguladoras de la materia en tanto no fuesen exceptuadas.

Esto es, en definitiva, lo que ocurrió al entrar en vigor la Ley general de lo contencioso-administrativo respecto de todas y cada una de las normas anteriores que regulaban la llamada «materia contencioso-administrativa». Si aquella Ley general no hubiese tenido virtualidad para derogar todas y cada una de las normas que en cada materia decían lo que era y lo que no era susceptible de «recurso contencioso-administrativo», no hubiese conseguido nada. Por eso nunca se dudó de su fuerza derogatoria respecto de cada una de aquellas disposiciones.

c) Pero, además, es que cuando se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ésta contiene, en su artículo 3, b), una disposición especial sobre jurisdicción para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Aquí ya no se trata de una norma estableciendo una cláusula general sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de establecer expresamente, específicamente, que todas las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta norma es tan especial como aquella de la Ley de Aguas en que se basa la sentencia de 17 de marzo de 1973 para defender la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Y no hay que olvidar que, según se ha dicho, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—en su disposición final segunda—derogó «las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción y procedimiento contencioso-administrativo, así como las reguladoras del procedimiento administrativo en cuanto se opongan a la presente Ley». Todas las disposiciones sobre jurisdicción contencioso-administrativa quedaban derogadas. Esto sería suficiente para entender derogadas las normas de la Ley de Aguas sobre jurisdicción (36), si es que no estaban ya derogadas anteriormente por la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Pero por si esto no fuera suficiente, está la norma especial del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que

(36) Aun cuando siguen teniendo valor interpretativo.

incide directamente sobre todas aquellas normas que, contrariamente a lo en ella dispuesto, atribuían alguna cuestión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública a una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa. El precepto suponía precisamente una derogación de todas aquellas normas que establecían distinta distribución de las competencias. Modificaba estas normas y atribuía el conocimiento de todas las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En conclusión, pues, puede afirmarse que el artículo 256 de la Ley de Aguas, como los demás de esta Ley sobre jurisdicción, están hoy derogados.

4. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR APERTURA DE POZOS Y EJECUCIÓN DE OBRAS SUBTERRÁNEAS

Lo expuesto en el apartado anterior pone de manifiesto que la tesis de la sentencia comentada no es correcta en cuanto a la afirmación de la vigencia del artículo 256 de la Ley de Aguas. Pero ¿puede decirse lo mismo respecto de la conclusión a que llega? ¿Debe conocer la jurisdicción ordinaria de la concreta cuestión que se planteaba en el proceso?

El problema debe resolverse no en aplicación del artículo 256 de la Ley de Aguas, que, como decimos, está derogado, sino en función de la normativa que, después del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reinstauró la dualidad de jurisdicción.

El precepto fundamental no es otro que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. ¿Es competente la jurisdicción ordinaria en aplicación de este artículo?

Una correcta solución de esta cuestión nos obliga a plantear los siguientes problemas:

a) *La entidad administrativa que ocasionó los daños*

La entidad que ocasionó los daños a que se refiere la sentencia no fue el Estado. Fue el Instituto Nacional de Colonización, cuyo carácter de organismo autónomo es incuestionable: fue clasificado como tal en el Decreto 1348/1962, de 14 de junio, incluyéndole en el grupo B).

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado regula únicamente la Administración del Estado. Por tanto, el artículo 41 de la misma no se aplica, en principio, a entidad distinta del Estado.

De aquí que el problema de hasta qué punto se da el sistema de

dualidad de jurisdicción respecto de la responsabilidad patrimonial de los organismos autónomos debe resolverse a la luz del artículo 78 de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

Como antes se ha dicho, es muy discutible que este precepto suponga una derogación del régimen general del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En contra de la tesis de CLAVERO, creemos que cuando la pretensión de indemnización se deduce frente a un organismo autónomo, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

Por tanto, de prevalecer esta tesis sería más que suficiente para llegar a la conclusión de que la tesis de la sentencia de 17 de marzo de 1973 no es correcta.

Ahora bien, si así no fuera, si también en el ámbito de la Administración institucional rigiera el sistema de dualidad de jurisdicción, ¿correspondería a la jurisdicción ordinaria conocer la pretensión de indemnización a que se refiere la sentencia de 17 de marzo de 1973?

Esto nos lleva a estudiar la forma de actuación, concretamente, si la Administración actuó «en relaciones de Derecho privado», como exige el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

b) *El modo de actuación de la Administración*

Tal y como se delimita el ámbito de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, queda limitado a los supuestos en que la actuación de la Administración se encuentra regulada por el Derecho privado. En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha interpretado en sentido sumamente restrictivo aquel precepto. La Ley no exige—y así lo destaca el cuarto considerando de la sentencia de 7 de junio de 1967—que «el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo». No es requisito la existencia de un acto que pueda configurarse técnicamente como «acto administrativo», sino que basta que «la situación en que los hechos determinantes se produjeron fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación Forzosa y, por consiguiente, del ámbito de la Ley Jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquélla y en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas del Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado en las sentencias de esta Sala de 21 de enero, 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de

noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria sería requisito indispensable que la Administración hubiese actuado como persona jurídico-privada».

La expresión servicio público puede emplearse en el sentido restringido de uno de los tipos de acción administrativa de realización de fines, a diferencia de la policía y el fomento, o en el sentido amplio de sinónimo de la acción administrativa. En este sentido se utiliza el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como destaca con todo acierto el quinto considerando de la sentencia comentada (37).

Este sentido amplio de la noción de servicio público se ha reiterado en la jurisprudencia posterior de las Salas de lo contencioso-administrativo, como la sentencia de 14 de octubre de 1969, en que se declara que «aceptando la doctrina de que con la expresión 'funcionamiento de los servicios públicos' se ha querido referir el legislador a la gestión administrativa en general, o sea, a la repetida actuación de la Administración pública como tal, e incluso a las acciones u omisiones puramente materiales o de hecho susceptibles de originar lesión patrimonial» (38).

Esto supuesto, ¿puede entenderse que los daños ocasionados por el Instituto Nacional de Colonización con motivo de la apertura de un pozo lo han sido en virtud de actividad de la Administración como tal o como consecuencia de la actuación en relación de Derecho privado?

Si acudimos al artículo 256 de la Ley de Aguas como norma orientadora, al atribuir específicamente esta cuestión a la jurisdicción ordinaria parece ser que está reconociendo el carácter jurídico-privado de la cuestión.

Pero lo cierto es que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—sobre todo tal y como se viene interpretando—ha reducido al máximo el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Y con arreglo al mismo no parece posible entender que estamos ante una actuación en relación de Derecho privado, en cuanto que:

a) No existía entre la Administración pública y los que han sufrido la lesión patrimonial una relación jurídica que pudiera configurarse de Derecho privado. Entre uno y otro sujeto de Derecho no existía, previamente al hecho que ocasionó el daño, relación alguna.

b) El Instituto Nacional de Colonización procedió a la apertura del pozo—que es lo que determinó la pérdida del agua de los reclamantes—en ejercicio de sus funciones. Actuó dentro de su competencia.

Es cierto que la apertura de un pozo no constituye formalmente la

(37) Así, en mi comentario a la sentencia de 7 de junio de 1967, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1967, pág. 1740.

(38) CLAVERO, *La quiebra*, cit., págs. 94-95.

manifestación de una función administrativa. No puede propiamente hablarse de una de las funciones típicamente administrativas cuya realización esté encomendada al Instituto Nacional de Colonización (39). Ahora bien, no se actúa tampoco como una entidad privada, como consecuencia de una relación de Derecho privado. Por lo que, dados los términos del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no parece defendible la competencia de la jurisdicción ordinaria.

VI. CONCLUSION

Cualquiera que sea la posición que se adopte ante el supuesto concreto planteado y resuelto por la sentencia de 17 de marzo de 1973, lo que es incuestionable es el confusionismo acerca de esta delicada cuestión de la delimitación de competencias entre la jurisdicción ordinaria y contencioso-administrativa.

Particularmente, en materias como la responsabilidad patrimonial de la Administración se impone hacer realidad lo que ya intentó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la unidad de jurisdicción.

Es más que probable que cuando la sentencia de 17 de marzo de 1973 proclama la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de una pretensión de indemnización tuvo en cuenta, más que consideraciones puramente teóricas y doctrinales, una realidad evidente: que haber declarado lo contrario cuando el particular continuó aquella vía siguiendo la indicación de la notificación hubiera constituido una burla para el administrado. No resulta serio que después de dos instancias civiles y una casación se diga al perjudicado que aquella jurisdicción no era la competente y que tiene que empezar de nuevo para seguir el calvario de toda una nueva vía administrativa y jurisdiccional. En este sentido siempre sería elogiable la doctrina de esta sentencia, al intentar superar el «peregrinaje» de una a otra jurisdicción y evitar—lo que sería más grave—posibles prescripciones de la acción.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Registrador de la Propiedad

(39) Me remito a mi trabajo *Colonización interior*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Seix, Barcelona, 1952, IV, págs. 403-416.