

RECENSIONES

FUERZA MAYOR Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EXTRA-CONTRACTUAL, Concepción Barrero Rodríguez, Ed. Aranzadi, 2009 (219 páginas)

La fuerza mayor constituye, y así lo destaca la autora en las páginas iniciales de la obra, una de las categorías generales del Derecho de cuya importancia en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico no cabe dudar por lo que sorprende, como destaca la propia Sala 3ª del Tribunal Supremo, que nuestro ordenamiento jurídico no contenga “definición alguna de la fuerza mayor” cuando realmente “es difícil hallar alguna rama de tal Ordenamiento en la que de modo expreso no se aluda” a esta figura “siempre, naturalmente, para derivar de ello alguna liberación de responsabilidad del sujeto o sujetos afectados, o para justificar y legitimar algo que de otro modo no podría dejar de ser exigible”. Es ciertamente llamativo que la doctrina del Derecho Administrativo que tanta atención viene dedicando desde la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa al régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no haya detenido nunca su atención en el estudio de la única causa legalmente prevista de exclusión de esa responsabilidad: la *vis maior*. La obra que se recensiona hace pues justicia con una institución necesitada de reflexión y análisis y que, como demuestran los muchos dictámenes de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa de la que la obra da cumplida cuenta, es causa de una alta litigiosidad en la aplicación diaria del Derecho.

El concepto de fuerza mayor, afirma C. BARRERO, “se ha formulado en el ámbito del sistema privado de responsabilidad por daños” de ahí que el libro comience con un exhaustivo análisis de las causas que la excluyen en el Código Civil, en particular en su artículo 1105, y en otras Leyes que definen el régimen de la responsabilidad privada. Se destaca aquí que ese precepto “se limita a ofrecernos las características de los acontecimientos que excepcionan el principio general de responsabilidad, sin incardinarlos, a diferencia de lo que hacen otros preceptos del propio Código, en las tradicionales categorías del caso fortuito o de la fuerza mayor, tarea que sí han acometido la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, que no han podido mantenerse al margen, aún cuando la pertenencia de un suceso a una u otra institución carezca de toda relevancia práctica en aplicación del precepto, de la potente influencia proyectada por estas categorías”. Se explica así con detalle que la jurisper-

dencia civil utiliza varios criterios de diferenciación entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así existen ocasiones en las que la distinción se establece con fundamento en la imprevisibilidad o inevitabilidad del acontecimiento dañoso en tanto que en otras se funda en la procedencia interna o externa del suceso, sin que falten ocasiones en las que ambos conceptos se utilizan como equivalentes o en las que se prescinde de cualquier calificación del hecho dañoso. Ahora bien, el estudio de esta jurisprudencia permite concluir a la autora, en contra de la idea absolutamente extendida en la doctrina, que no existen realmente dos criterios de distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor en la medida en que para apreciar “la existencia de *vis maior* los Tribunales exigen con carácter general la concurrencia de dos requisitos: a) el carácter inevitable del suceso, aún cuando hubiera podido preverse; y b) su ajeneidad al sujeto responsable”. Otra conclusión interesante de este análisis del sistema privado de responsabilidad es la que pone de manifiesto como “la extensión de la franja de exoneración de la responsabilidad será más o menos amplia dependiendo de que se proyecte sobre un ámbito regido por un principio de responsabilidad subjetiva o sobre uno presidido por una regla de responsabilidad objetiva. Allí donde rige un principio de responsabilidad objetiva, allí donde el sujeto responde con fundamento en la antijuridicidad del daño y no en las características de su conducta, sólo la fuerza mayor excluye su responsabilidad. Allí donde, por el contrario, responde porque, como señala el artículo 1101 del Código Civil, en el cumplimiento de las obligaciones ha incurrido “en dolo, negligencia o morosidad” o porque, como establece el 1902, por “acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia”, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito eximen del deber de responder”. En otros términos, “si la responsabilidad es objetiva, si la esencia del sistema radica en la antijuridicidad objetiva del daño parece lógico que el titular del bien o actividad que lo causa responda por los riesgos que le son inherentes aún cuando haya actuado diligentemente. Cuando, por el contrario, la responsabilidad gira sobre la antijuridicidad de la conducta, parece igualmente coherente con las notas que la definen que quede exonerado de responder quien habiendo actuado con la diligencia debida, se encuentra con acontecimientos imprevisibles o que, aun previstos, no ha podido evitar, abstracción hecha de que su origen esté fuera o dentro de la esfera o círculo de actuación que controla”.

La obra continua con el examen del concepto de fuerza mayor en el ámbito del sistema de responsabilidad administrativa extracontractual. Se expone y critica aquí el hecho de que la norma administrativa no ofrezca una definición de la *vis maior* y se nos explica como, ante su silencio, el Consejo de Estado, y hoy también los Consejos consultivos autonómicos, así como la juris-

prudencia contencioso-administración sostienen, con apoyo expreso en el artículo 1105 del Código civil, que la fuerza mayor viene constituida por los “acontecimientos ajenos al servicio y revestidos de las notas de la imprevisibilidad o la inevitabilidad”. Con base en esta definición, se nos ofrece una interesante reflexión crítica sobre las notas definitorias de la fuerza mayor excluyente de la responsabilidad de la Administración. Resulta imposible dar cuenta detallada de las muchas ideas y sugerencias que aparecen en esta parte de la obra por lo que tan solo destacaremos algunas. Así, en primer término, las relativas a como la imprevisibilidad y la inevitabilidad constituyen juicios de valor que se proyectan tanto sobre los hechos como sobre sus resultados con lo que, en definitiva, termina empleándose un doble concepto de la fuerza mayor en el sentido ya formulado por EXNER a comienzos del siglo pasado. De una parte, “el que la considera cierta condición objetiva del suceso sobrevenido, por la cual éste se presenta por sí mismo como *vis maior*, sin ninguna relación con la cuestión de la culpa; y, de otra, el que la halla en una relación entre aquellos hechos y la conducta que ante ellos han observado las personas obligadas hipotéticamente a la indemnización, de tal suerte que no podemos asegurar ó negar la existencia de la fuerza mayor con sólo observar los hechos exteriores, sino que haya que hacer un balance entre estos últimos y el conjunto de medidas adoptadas y preparativos realizados para evitar tales hechos ó impedir por lo menos el daño que de éstos pueda resultar”.

Singular interés presentan también, en segundo lugar, las consideraciones de la autora llamadas a poner de manifiesto “el valor del comportamiento de la Administración como criterio de referencia para la determinación de la *vis maior*”. En efecto, la apreciación de la fuerza mayor implica un juicio de valor sobre si la Administración “pudo o no prever determinados sucesos y sobre si, en su caso, adoptó las medidas necesarias para evitarlo o, al menos, para excluir o minimizar sus posibles efectos lesivos” con lo que, en definitiva, se “introduce en su valoración y apreciación un claro elemento de naturaleza subjetiva” que viene a evidenciar hasta que punto la culpa “sigue estando institucionalmente presente en los sistemas de responsabilidad objetiva”. Desde esta premisa se pregunta por cuales son los criterios que han de servir para “medir o determinar si la Administración previó realmente cuanto debería haber previsto y evitó lo que estuvo en sus manos evitar” concluyendo que el régimen de la responsabilidad administrativa presenta en este ámbito una de sus lagunas mas graves al carecer precisamente de reglas que permitan determinar la diligencia exigible a la Administración en el desarrollo de los distintos cometidos públicos.

Finalmente se efectúan una serie de consideraciones, de extraordinario interés igualmente, acerca del requisito de la ajeneidad al servicio del hecho

dañoso como elemento determinante de la *vis maior*, destacándose que esta condición se encuentra sencillamente superada en la medida en que no es cierto que la Administración responda de todos los daños que, en clásica expresión, se producen en “la interioridad del servicio”. La Administración, lo que no es lo mismo, responde de los daños que se producen dentro del nivel de prestación que, en cada caso, le es exigible. Ello permite afirmar a C. BARRERO que “probablemente ocurra que el requisito de la ajeneidad o no al servicio como criterio determinante de la responsabilidad administrativa ha terminado por adquirir un significado distinto de aquel que se le otorgara durante los primeros años de vigencia de la regla de la responsabilidad objetiva de la Administración que aun pervive en nuestro Derecho. La ajeneidad, en efecto, no parece concebirse hoy, así es al menos en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos consultivos, como causa extraña a la actividad administrativa, al funcionamiento de los servicios públicos; la ajeneidad se proyecta, cada vez con más frecuencia, sobre el riesgo propio o específico de cada actividad o servicio. Esto es, un determinado daño deberá ser calificado de interno o externo al servicio no en función de sí se produjo o no en su ámbito, en la órbita de la actividad administrativa, sino en atención a sí representa o no la actualización de un daño vinculado al riesgo inherente a la prestación de cada servicio público”.

El estudio crítico realizado lleva, en definitiva, a la autora a manifestar la importancia y necesidad de que la norma administrativa defina la fuerza mayor precisando su alcance en conexión con otras causas de exoneración de la responsabilidad administrativa.

El último capítulo de la obra se dedica al análisis de una cuestión que estimamos fundamental: la aplicación de la fuerza mayor, en especial en su conexión con el funcionamiento anormal del servicio público. Prescindiendo ahora de otras cuestiones de interés, la obra presenta en este ámbito un doble valor. De una parte, nos ofrece una exposición exhaustiva del tratamiento que la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa dispensan a esta cuestión destacándose como, salvo muy contada excepciones, la presencia de un funcionamiento anormal del servicio público determina que los Tribunales ni siquiera entren a valorar si el hecho de *vis maior* alegado por la Administración cuenta realmente con esa condición ni mucho menos a apreciar cual haya podido ser su participación en el resultado lesivo. De otra parte, la obra nos propone la necesidad de un nuevo entendimiento de la cuestión que pasa por la defensa de un posible concurso causal entre la fuerza mayor y el incorrecto actuar de la Administración, postura que funda en el propio significado y alcance del nexo causal.

Nos encontramos, en fin, ante una obra importante que enriquece los estudios existentes sobre la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas con el tratamiento de un tema que, hasta ahora, había pasado desapercibido. Ahora bien, la obra comentada no se centra solo en el análisis de la fuerza mayor, constituye una reflexión de mas amplio alcance sobre las bondades y carencias del sistema vigente de responsabilidad administrativa extracontractual. Estoy segura por ello, compartiendo en este sentido las palabras de P. ESCRIBANO en el Prólogo a la obra, “de que la lectura del presente libro no sólo no defraudará a sus lectores y estudiosos, sino que les aportará nuevas perspectivas y elementos de juicio sobre la institución de la responsabilidad patrimonial de las administraciones, sus defectos y posibilidades de reforma, por lo que creo que debemos felicitar a su autora y celebrar a la vez el importante enriquecimiento del acervo doctrinal que se logra con su publicación”.

Concepción HORGUÉ BAENA
Prof. Titular Universidad de Sevilla