

Panorama y perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración*

Overview and prospects of liability in public administration

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo

Profesor emérito Universidad de Cantabria

<https://orcid.org/0000-0002-6252-5481>

1. Las Jornadas que ha organizado la *Revista Andaluza de Administración Pública*, bajo la eficaz dirección de su actual responsable, profesor Jordano Fraga, analizarán importantes aspectos técnicos y procesales del sistema español de responsabilidad pública, así como su aplicación jurisprudencial. Para esta primera sesión, el director me ha encomendado una visión general y un apunte sobre la evolución histórica de la institución resarcitoria. Me ha pedido, en suma, que trate de hacerles pensar acerca de las connotaciones de la responsabilidad más allá de su concreta regulación legal. Y eso es lo que trataré de hacer, no sé con qué éxito, en los minutos que siguen.

2. Para pensar sobre esta institución, como sobre cualquier otra, hay que empezar preguntándose en qué consiste, qué significa, de dónde viene y, sobre todo, para qué sirve —si sirve— la institución analizada, esto es, preguntarse no ya por su regulación sino por su función.

Y es que la historia del Derecho no es prioritariamente la historia de los conceptos —siempre importantes, desde luego, para poder descender desde ellos a consecuencias concretas— ni tampoco la historia de la regulación legal de la institución de que se trate. La historia es, sobre todo, en primer lugar, la historia de la función que la institución estudiada cumple en cada momento. A esa función me referiré después. Baste ahora destacar que la responsabilidad de las Administraciones públicas

*Texto ampliado de la intervención oral que, con el mismo título, expuse en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 26 de junio de 2025 en la sesión inaugural de las IV Jornadas de la *Revista Andaluza de Administración Pública*, sobre «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», dirigidas por Jesús Jordano Fraga, que en la actualidad es también el director de la Revista.

Recibido: 11-07-2025

Aceptado: 31-10-2025

es un tema central en la concepción liberal del Derecho Administrativo, que tiene su «padre» fundador en el gran jurista francés Maurice Hauriou, que escribe a mitad camino entre los últimos años del siglo XIX y los primeros del XX. Para Hauriou, los dos pilares del Derecho Administrativo son la jurisdicción contencioso-administrativa y la responsabilidad. ¿Por qué?

Pues porque, como acabo de decir, el Derecho Administrativo, como hijo que es de la Revolución francesa, tiene como referente el principio de legalidad y el principio de indemnidad frente a la potencial acción dañosa de la Administración. De ahí que se ponga en boca del propio Hauriou una doble conclusión: nada hay que objetar a que la Administración actúe, intervenga y haga, pero debe hacerlo de acuerdo con la ley. La Administración no puede hacer nada que la ley no le autorice expresamente a hacer de manera que, si hace al margen de la ley, sin ley de cobertura o de manera contraria a lo previsto en esa ley, viola el principio de legalidad y sus decisiones y actos deben ser anulados por la jurisdicción contenciosa. Y, en segundo lugar, si al actuar así causa daños, hay que entender que esos daños son antijurídicos, y la Administración debe ser condenada a indemnizar.

La jurisdicción contencioso-administrativa y la responsabilidad son, pues, las dos piedras basales del Derecho Administrativo cuya regulación y desarrollo técnico han de regirse por leyes específicas.

3. Entre nosotros, hoy, la cuestión de la responsabilidad está contemplada en el art. 106.2 de la Constitución («Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»); un precepto constitucional que remite su concreción a la ley («en los términos establecidos por la ley»). Esa ley ahora es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que regula los aspectos sustantivos del sistema, y la Ley 39/2015, también de 1 de octubre, que se refiere a los aspectos procedimentales. Ambas sustituyen a la anterior Ley 30/1992, pero todas ellas traen causa de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que es la que inaugura un sistema de responsabilidad pública al margen y diferente del régimen común contemplado en el artículo 1902 del Código Civil.

Las características básicas de ese sistema son conocidas, pero merece la pena recordarlas. Se trata de un sistema *unitario* (porque rige para todas las Administraciones públicas al basarse como se basa en el artículo 149.1.18ª de la Constitución; es un sistema *general* (porque se refiere a toda la actividad pública, ya sea de carácter formal y jurídico o simplemente fáctica, esto es, la actividad material de los servicios públicos o su inactividad); de *responsabilidad directa* y no solamente subsidiaria (de manera la Administración cubre la potencial actividad dañosa de sus autoridades y funcio-

narios., sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves). Esta responsabilidad directa sólo admite la anómala excepción de la responsabilidad derivada de delito, según el artículo 121 del Código Penal; en un sistema de *unidad jurisdiccional* (la jurisdicción civil queda excluida y las eventuales condenas sólo competen a la jurisdicción contencioso-administrativa, con la única excepción de la jurisdicción penal que puede declarar la responsabilidad civil de la Administración como derivación de la condena penal del funcionario penalmente responsable (aunque en este caso, como he dicho, con carácter meramente subsidiario de la responsabilidad civil del condenado penalmente). Finalmente, en teoría, se dice que se trata también de un sistema de *responsabilidad objetiva* o, al menos, un sistema en el que la idea de culpa no es una exigencia determinante (aunque en la práctica suele ser la regla general). Personalmente, como luego insistiré, en vez de decir que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, prefiero decir que es un sistema que, excepcionalmente, *no excluye la responsabilidad objetiva*, lo que supone un matiz al que me referiré luego.

Se trata, pues, de un sistema del que cabe afirmar que es sencillo y generoso, pero también casuístico y tendencialmente inseguro.

4. Todo el sistema (además de en la imputación causal a la Administración productora del daño) pivota sobre el concepto de lesión, que se suele definir como un daño antijurídico, esto es, un daño que el dañado no está obligado legalmente a soportar (como dice hoy el artículo 32.1 de la Ley 40/2015). Así, pues, si la lesión es un daño que el dañado «no se tiene el deber jurídico de soportar», surge de inmediato la pregunta: ¿cuándo no existe esa obligación de soportar un daño? Es decir, ¿cuáles son los límites de la responsabilidad? La respuesta a estos interrogantes no es unívoca y resulta un tanto imprecisa, pero cabe acercarse a ella de forma secuencial.

No hay que soportar el daño cuando no haya causas legalmente previstas, justificativas del mismo que, por tanto, excluyan la antijuridicidad. ¿Y cuándo sucede eso? La ambigüedad del concepto impone, como digo, una respuesta matizada distinguiendo los casos en los que el daño ha sido causado mediando culpa o negligencia de la organización administrativa o de sus agentes de aquellos otros en los que no cabe identificar culpa alguna.

Así, pues,

a) En primer lugar, no existe ese deber de soportar el daño infringido por la actividad administrativa cuando esa actividad ha sido ilegal, cuando ha habido «culpa», ya sea personal de quien actuó, ya anónima derivada de la actividad de un servicio que funcionó mal, lo hizo tarde o simplemente no funcionó. Es el supuesto prototípico del criterio subjetivo de la responsabilidad. En esos casos gran parte del

problema será identificar los perfiles de esa culpa personal o anónima, para lo cual la existencia de estándares de referencia es fundamental.

b) Pero es mucho más difícil precisar la existencia de lesión indemnizable cuando no hay culpa o negligencia, esto es, cuando la Administración ha actuado correcta y legalmente, cuando ha actuado bien y, a pesar de ello, ha causado un daño. ¿Qué daño no se tiene entonces la obligación de soportar? Se trata del presupuesto mismo de la responsabilidad objetiva, que debe ser acotado so pena de convertir al sistema en algo desbordante y finalmente, por ello, operativamente imposible. Es ahí, en este aspecto, donde aparecen los debates y las críticas a un sistema que, como digo, puede fácilmente deslizarse por la pendiente de la inseguridad.

La ambigüedad del sistema, la falta de precisión de los casos de responsabilidad objetiva (sobre todo cuando si se parte de considerar que el sistema es siempre de responsabilidad objetiva), el casuismo, los bandazos jurisprudenciales, algunas argumentaciones contradictorias y otros factores conexos han generado desde hace tiempo una vaga sensación de insatisfacción que propició cierto cuestionamiento de las bases conceptuales del sistema. En ese contexto, en torno a los años noventa del pasado siglo, se levantaron algunas voces críticas significativas en las hasta entonces tranquilas aguas del modelo vigente desde 1954 que se venía aplicando hasta entonces sin problema en supuestos relativamente pequeños. Pero esas aguas se vieron sacudidas por la acumulación simultánea de varios de los factores indicados, algunos vinculados a la propia normativa legal, pero otros auspiciados por algunos supuestos límite especialmente destacados. Entre ellos, sobre todo, el caso Hipercor¹, el de la colza², el de la adquisición del virus del VIH tras haber recibido una transfusión en un hospital público³, el caso de la contaminación del petrolero *Prestige* y algunos

¹ Se trató de una bomba que puso ETA en el Hipercor de Barcelona que explotó, con el resultado de varios muertos, antes de que los artificieros de la policía pudieran desactivarla. Hubo un aviso previo de que iba a explotar la bomba, pero no hubo tiempo para la desactivación. La condena fue por el funcionamiento anormal (tardío) de los servicios (la policía), pero ¿qué es llegar tarde? ¿Cómo se cuantifica, si no hay un parámetro referencial, una carta de servicios o un documento semejante?

² El caso del aceite de colza desnaturalizado fue un trágico suceso de la importación de aceite de colza para consumo industrial derivado al consumo humano en mercadillos populares. En este caso, la responsabilidad pública entró por la vía penal como responsabilidad civil subsidiaria del Estado derivada de la condena penal a un funcionario de los servicios de aduanas.

³ El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) produce el llamado Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, más conocido como Sida, que se transmite, entre otras formas, por transfusiones sanguíneas con plasma que contenga tal virus. Su existencia se descubrió en torno a 1981, a partir de cuyo momento se adoptaron medidas de control para comprobar la existencia o no del virus en las transfusiones de sangre. Pero hubo una serie de sentencias condenatorias a la Administración por responsabilidad en el caso de personas infectadas por transfusiones llevadas a cabo sin esos controles o verificaciones previos... antes de que se conociera la existencia del virus. Estas Sentencias parece que están en el origen de las reformas operadas en el artículo 141 de la Ley 30/1992, llevada a cabo por Ley 4/1999) y que figuran también ahora en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015 excluyendo la antijuridicidad (esto es, la lesión) en los casos de «daños

otros. A ellos se podrán añadir seguramente hoy otros más recientes como los daños vinculados de una u otra manera a la pandemia de la COVID⁴ o incluso de la DANA de la Comunidad Valenciana. Surge así un interesante debate doctrinal –no suficientemente reflejado, a mi juicio, en la jurisprudencia, que siguió aferrada a los planteamientos doctrinales tradicionales– acerca del sentido y los límites de la objetividad que un tanto acríticamente se predicaba del entero sistema de responsabilidad.

Se trataba y se trata, en mi opinión, de un debate no sólo jurídico sino cultural que va más allá de los aspectos estrictamente técnicos del problema y al que se le añadieron dos derivaciones de una reflexión insuficientemente explotada. A saber, la constatación de que el juez es la única autoridad del Estado que no tiene como el límite del presupuesto público para condenar al Estado y, en segundo lugar, que alguna relación debe haber entre el sistema de responsabilidad y las técnicas de asistencia social que en muchos sitios actúan o pueden actuar como vasos comunicantes, es decir, en un Estado con una amplia cobertura social la responsabilidad tiene un espacio menor como, con frecuencia, se constata en los supuestos contrarios, en los países con escasas previsiones de asistencia social donde la responsabilidad juega no pocas veces un papel compensador de esas carencias. A algo similar se refería el civilista Paul Duez cuando afirmaba en los años treinta del siglo pasado que los sistemas amplios de responsabilidad pública eran propios de sistemas económicos intervencionistas, de manera que cuando el sistema económico se liberaliza, el régimen de la responsabilidad tiende a replegarse un tanto.

Un caso bien conocido en el que se plantean algunas de estas cuestiones y que, desde luego, propició el tipo de debates a los que me he referido, tuvo lugar en el ámbito de la responsabilidad sanitaria a principios de los años noventa del pasado siglo. Me refiero al llamado caso del aneurisma correctamente operado, resuelto por una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1991, que reconoce la responsabilidad de la Administración. Se trató ciertamente de un caso extremo. Una señora entró en urgencias de un hospital público con dos aneurismas que afectaban a ambas carótidas. Como el cirujano no podía abordar al mismo tiempo los dos aneurismas, optó por operar uno, clipando provisionalmente el otro mientras se ocupaba del primero. De esa manera, le salvó la vida a la paciente, aunque inevitablemente quedó con lesiones importantes. Intervino la jurisdicción penal dejando claro que no había habido negligencia ni violación alguna de la *lex artis* y, en consecuencia, absolviendo

que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

⁴ Al ser tan numerosos (varios miles) los casos planteados inicialmente al Consejo de Ministros y de los que conoce en vía jurisdiccional el Tribunal Supremo, éste ha tenido que habilitar medidas especiales para su pronta y razonable resolución.

al cirujano. Intervino la jurisdicción laboral en relación con la pensión derivada de la imposibilidad de trabajar. Y, sobre todo, por lo que ahora importa, intervino la jurisdicción contencioso-administrativa tras la denegación de la solicitud indemnizatoria efectuada por sus familiares en sede administrativa. Tras el recurso pertinente frente a la primera resolución desestimatoria el caso llegó al Tribunal Supremo que en la citada sentencia de 1991 condenó a la Administración sanitaria al pago de varios millones de las antiguas pesetas sobre la base del doble argumento de que la operación se había llevado a cabo en el seno de un hospital público y el sistema resarcitorio era un sistema objetivo del que se derivaba la indemnización a pesar de que quedó probado que no hubo funcionamiento anormal alguno. Según la sentencia, el hecho de que el daño se hubiera producido dentro de la organización pública parecía suficiente para deducir la consecuencia indemnizatoria, aun habiendo quedado demostrado que no hubo mala praxis. Llevado el argumento a sus últimas consecuencias, se podía concluir que todo aquel que no saliera de un hospital público mejor de como entró podría recibir una indemnización fundada en el carácter objetivo del sistema. Esta extravagante, y cabe decir que disparatada conclusión, fue objeto de numerosas críticas de carácter técnico que hacían referencia al concepto de lesión o a la causalidad. Pero, a partir de ello, también surgieron voces autorizadas que cuestionaban las bases del sistema si de esas bases cabía deducir tan radical y sorprendente conclusión. Una de esas voces fue la del civilista Fernando Pantaleón, que puso el dedo en la llaga al efectuar una hipotética comparación. ¿Qué habría sucedido –dijo– si exactamente los mismos hechos se hubieran producido en un hospital privado? Pues que con seguridad no hubiera habido condena al hospital o al cirujano porque es muy difícil imaginar que se aplicara al caso el artículo 1902 del Código Civil⁵ y, además, el paciente o, en su caso, su seguro tendrían que haber pagado el coste de la intervención. Pues bien, ahí aparece la pregunta que debe hacernos reflexionar: ¿es razonable que el sistema de la sanidad pública, que no está montado sobre la base del ánimo de lucro, acabe respondiendo más intensamente que otro sistema –el privado– que sí está montado desde la perspectiva del lucro, por muy legítimo que este sea?

Cierto que se trató de una sentencia aislada y que la realidad posterior trató de poner orden o interpretar de otra manera los presupuestos del sistema. Pero la pregunta lanzada como reto no tuvo mayor repercusión a pesar de lo que significaba. La carga de profundidad que suponía esa pregunta no fue atendida; no obstante, las casi unánimes críticas que recibió la citada sentencia de 1991. Pero, a partir de entonces, una cierta jurisprudencia trató de limitar un tanto la consecuencia de la responsabilidad tratando de identificar –erróneamente, creo– lesión, esto es, antijuridicidad y mala praxis. Y digo que esa identificación es errónea porque la mala praxis es otra

⁵ «El que por acción u omisión causa daño a otro, *interviniendo culpa o negligencia*, está obligado a reparar el daño causado».

cosa, es el mal funcionamiento, el funcionamiento anormal en la terminología de la ley. O sea, la culpa, ya sea anónima, ya individual. De modo que, si se identifica siempre mala praxis y lesión, es decir, si se dice que no hay lesión sin mala praxis, se están negando los supuestos –escasos, pero posibles– de daños indemnizables (daños antijurídicos, pues) causados por el funcionamiento normal, esto es, los supuestos de responsabilidad objetiva que, aunque excepcionales, como digo, se admiten en la legislación vigente.

5. Estamos, pues, ante una situación que es, efectivamente, un logro del Estado de Derecho, como suele decir la jurisprudencia, pero una situación que produce también inseguridad, ante la que cabe preguntarse cómo se ha llegado hasta ella, es decir, de dónde venimos.

La historia de la responsabilidad de las Administraciones públicas es una historia corta: venimos de una situación de práctica irresponsabilidad durante más de cien años que cambia y es radicalmente diferente a partir de 1954 hasta el punto de convertirse en un sistema potencialmente desbordante.

La irresponsabilidad de la Administración trae causa de la interpretación que se consolidó a partir de la última década del siglo XIX del artículo 1903 del Código Civil. Recuérdese que el 1902 habla de la responsabilidad civil por hechos propios y el 1903, en su primera redacción, de la responsabilidad de un sujeto por hechos ajenos: los padres respecto de los actos de sus hijos menores, los empleadores respecto de los de sus empleados, los maestros respecto de sus alumnos, pero no el Estado respecto de sus autoridades y funcionarios puesto que esa responsabilidad por actos ajenos quedaba limitada al improbable supuesto de que aquél actuara «por mediación de un agente especial»; no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario, en cuyo caso –continuaba diciendo el precepto– «será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior», o sea, la responsabilidad por actos propios. ¿Propios de quién? Si se hubiera considerado la aplicación de un concepto consolidado, el de la relación orgánica que vincula al funcionario con la Administración en virtud de la cual su actuación se imputa sin dificultad a esa misma Administración, la remisión al artículo 1902 hubiera conducido a la introducción de la responsabilidad de la Administración; responsabilidad subjetiva, sí, por culpa o negligencia, pero responsabilidad directa. Sin embargo, la remisión al 1902 se interpretó como remisión al régimen de la responsabilidad por actos propios... del funcionario. Se llegó, pues, a la conclusión de que el Estado no respondía; lo hacía el funcionario hasta el punto de que unos años después la llamada Ley Maura-Silvela de 5 de abril de 1904 confirmó formalmente esa conclusión abordando los aspectos concretos de la misma. He ahí, por lo demás, un ejemplo de la importancia de los conceptos y de su adecuada comprensión –en el caso considerado el de la relación orgánica– para hacer derivar de ellos conclusiones

correctas, lo que no fue el caso entonces, perdiéndose así la ocasión de haber roto tempranamente el viejo proverbio de que el rey (el Estado) no puede equivocarse y, por tanto, tampoco responder⁶.

La Constitución de 1931 tenía un precepto, el artículo 41, que hablaba de la responsabilidad subsidiaria del Estado «si el funcionario público en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes con perjuicio de tercero». Era un pequeño paso, pero los detalles quedaban remitidos a una ley que nunca se aprobó.

La Ley de Régimen Local de 1950 supuso un gran avance: previó la responsabilidad directa de la entidad local si el daño se había producido sin culpa del funcionario que hubiera infringido una ley; responsabilidad que sería subsidiaria en otro caso.

Es ya el momento del gran cambio que tiene lugar en 1954, en el artículo 121 de la (en lo demás) aún vigente ley de expropiación forzosa que inaugura el sistema vigente, separado y al margen del Código Civil, a partir del que realizaré de inmediato algunas reflexiones.

Pero antes hay que citar una ley poco conocida y nada o apenas nada citada que, hasta donde se me alcanza, es la primera vez en la que se habla expresamente de la responsabilidad objetiva. Me refiero a la Ley de 31 de diciembre de 1945 (recién repuestas las Cortes en 1942, por más que, como es obvio, no fueran unas Cortes democráticas). La citada ley llevaba por rótulo toda una descripción: Ley «por la que se establece indemnización cuando las Fuerzas militares o de Orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad para el trabajo de alguna persona». Tenía un preámbulo o exposición de motivos realmente sorprendente. Decía así:

«La concepción objetiva de la responsabilidad sin culpa, sobre la base de la teoría del riesgo o de la igual repartición de cargas, bien fundamentada en la doctrina moderna, va abriéndose paso difícilmente en la legislación de todos los países. El triunfo de esta concepción haría responsable al Estado en gran número de casos de la actuación de sus órganos. Pero en los que más claramente se muestran las razones de equidad y de justicia, que imponen la adecuada compensación o indemnización a cargo del Estado, son los casos de muerte o lesiones causadas por las Fuerzas militares con ocasión del uso reglamentario de las armas o del desempeño de sus funciones, aun ejercidas con el tacto y la prudencia adecuados a las circunstancias en que se desarrolle su actuación».

⁶ Me refiero al viejo dicho inglés, fundamento de la irresponsabilidad de la Corona, esto es, del Estado o la Administración: *The King can do no wrong*.

El centro de gravedad de la norma está en la actuación correcta (legal) de las fuerzas de orden público porque si fuera una actuación incorrecta (ilegal) la cuestión no sería ya una cuestión de responsabilidad «objetiva» sino de responsabilidad con culpa, lo que, en ausencia de previsión en contrario, derivaría en aquel tiempo la cuestión a la responsabilidad personal. Cuándo las fuerzas del orden pueden usar la fuerza física y, sobre todo, las armas de fuego es algo que hoy se contempla en el artículo 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero en 1945 no existía obviamente esa ley, de modo que, en el contexto del régimen político del momento, lo normal sería que se entendiera que el uso de las armas era las más de las veces un uso correcto por ejercerse «con el tacto y prudencia adecuados». Y en ese caso, sí, el daño colateral sufrido por una persona del todo ajena a la razón por la que la policía usó el arma sería un supuesto de responsabilidad objetiva. Como ese uso «correcto», ese –diríamos hoy– «funcionamiento normal» era entonces potencialmente más amplio y frecuente que ahora (cuando el uso de la fuerza está legalmente tasado), en teoría, los supuestos de aplicación de la citada ley podrían ser también más amplios. ¿Lo fueron? Lo ignoro y no me constan datos en el tiempo al que la norma se refiere y habida cuenta también de las limitaciones que entonces tenía la jurisdicción contencioso-administrativa reducida a casi la nada por la Ley de 18 de marzo de 1944 en los limitados términos de la Ley de 1888-1894 después de haber sido suprimida en el ámbito de la Administración central en 1938. Ello, no obstante, la Ley de 1945 debe mencionarse como antecedente, al menos formal, porque en sí misma, despojada del contexto, sí es un supuesto claro de responsabilidad objetiva.

6. Al margen, pues, de algunos antecedentes discutibles, la situación en 1954 era la de la práctica irresponsabilidad de la Administración del Estado. Es la Ley de Expropiación, de 16 de diciembre de 1954, la que efectúa un cambio radical e inaugura el sistema vigente. Se ha escrito mucho acerca del porqué de una regulación sobre la responsabilidad en una ley expropiatoria. Hay varias explicaciones (desde la casualidad hasta la tesis que sostiene la cercanía de ambas instituciones que se diferenciarían en la voluntariedad o no del daño producido). Lo cierto es que primero la citada ley de expropiación y poco después la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 inauguraron un sistema de responsabilidad de la Administración al margen del común contenido en el Código Civil; un sistema que tiene las notas antes enumeradas entre las que destaca como característica principal que no excluye la responsabilidad objetiva. Es a ese sistema al que se refiere la Constitución (art. 106.1) que, no obstante, remite su concreción a la ley. Esa ley fue primero la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sustituyó a la Ley de Régimen Jurídico de 1957, y que fue a su vez sustituida en sus aspectos sustantivos por la ya

citada Ley 40/2015, y en los procedimentales por la Ley 39/2015, que son las normas vigentes en la actualidad.

Bajo la cobertura de todas esas normas se ha movido y se mueve la jurisprudencia que ofrece un enorme casuismo y ha evolucionado desde las frecuentes desestimaciones del principio a las más habituales condenas de la actualidad. Una jurisprudencia que ha llevado el principio de responsabilidad a numerosos sectores, sobre todo en el ámbito del llamado funcionamiento anormal de los servicios públicos, o sea, el tradicional supuesto más habitual de la responsabilidad con culpa, ya sea personal del funcionario, ya sea anónima y ajena a él.

7. Como dije más atrás, el problema principal en esos casos de funcionamiento anormal será justamente identificar la culpa, es decir, identificar cuándo se ha producido ese funcionamiento anormal. Se trata siempre de una comparación con el funcionamiento (normal) previsto: esto es, el apasionante mundo de los estándares de calidad, de los protocolos, incluso de los procedimientos. Mundo apasionante, digo, porque es donde el Derecho sirve para evitar el capricho, la actuación improvisada o simplemente autoritaria. Y entonces la cita de Benjamin Constant, considerado el padre del liberalismo político, es obligada porque, como él mismo dijo, «lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas». O sea, el procedimiento, la pauta, el protocolo.

Así, pues, si la mayoría de los casos de responsabilidad son supuestos de funcionamiento anormal o sea de responsabilidad subjetiva, los estándares son el referente de ese buen funcionamiento. Es la *lex artis* de la ciencia; pero también las llamadas cartas de servicios como documentos de autovinculación aprobados teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo (económicas, orográficas, de población, de medios...) de cada tiempo y de cada lugar. Las cartas de servicios, los protocolos o los reglamentos de funcionamiento de cada servicio podrán prever el tiempo máximo concreto que pueden tardar en llegar los servicios de urgencia después de una llamada para considerarlo un funcionamiento normal. Pueden contemplar cuestiones más elementales pero importantes por cotidianas y que afectan de verdad a las gentes: cuántos socorristas hay que tener, cuántas veces hay que limpiar las alcantarillas, de cuántos medios materiales hay que disponer en un almacén de cara a una nevada o incluso una pandemia... Definir esos estándares debe ser tarea de la ley o de la propia Administración en función, como he dicho, de las circunstancias científicas y económicas de cada momento. Porque si esos referentes no existen, será el juez quien, discrecionalmente, definirá el funcionamiento normal colocándolo o muy alto (lo que amplía la responsabilidad porque por debajo todo será funcionamiento anormal) o muy bajo (lo que reduce la responsabilidad porque solo lo que esté por debajo de ese estándar mínimo será funcionamiento anormal).

8. Mucho más complicado es identificar los supuestos de responsabilidad objetiva. Obviamente no pueden fundarse en ese criterio todas las lesiones y daños producidos por la Administración porque, si no, sobraría la discusión acerca de los estándares y el buen funcionamiento. Siempre habría responsabilidad, lo que no puede aceptarse.

Identificar esos supuestos de responsabilidad objetiva no es algo fácilmente entendible desde las pautas culturales de nuestro imaginario colectivo. Esas pautas culturales hunden sus raíces en la cultura judeocristiana que parte de la idea de culpa y que se observa bien en el mundo de la cultura religiosa. Es la idea del pecado, la idea de la culpa por violar o desconocer unas determinadas pautas de conducta (civil o religiosa) y que será mayor o menor en función de la gravedad de la infracción (pecados mortales versus pecados veniales en la tradición católica). Y sobre esa idea de la culpa se monta también la culpa personal y privada en la vida social. Pero desde esa misma cultura y precisamente por ello cuesta mucho admitir en términos racionales que alguien deba responder sin, digamos, haber pecado, sin haber incurrido en falta. Por eso —más allá de las creencias— cuesta trabajo asumir y entender la misma idea del pecado original que supone nacer con una tara que hay que «limpiar» sin que hubiera habido culpa. En el fondo es lo mismo o algo muy parecido a la responsabilidad objetiva que implica responder por algo que no se ha hecho mal, que se ha hecho correctamente, es decir, que se ha hecho «sin culpa».

Pero la ley, como sabemos, no excluye esta responsabilidad, aunque, como también he defendido, no se pueden basar en ella todos los supuestos indemnizatorios. De modo que, como la ley no excluye la responsabilidad objetiva, hay que tratar de buscar su fundamento.

9. Llegados a este punto, hay que volver a una idea a la que me refería al principio: preguntarse por la función de la responsabilidad. Pues bien, como ya he apuntado en algún momento, esa función no es unívoca porque puede cumplir y cumple, a mi juicio, varias funciones. Al menos, las siguientes:

a) La responsabilidad es siempre un *mecanismo de garantía* del dañado porque trata de reparar un perjuicio imputable a la actividad o inactividad de una Administración.

b) Pero en el ámbito público la responsabilidad es o puede ser también un *medio de control* al servicio del principio constitucional de la eficacia (porque tiene un papel pedagógico y enseña a cómo debe actuar la Administración para evitar un daño y no ser condenada a indemnizar por ello, por su funcionamiento anormal).

c) La responsabilidad puede ser excepcionalmente, en ocasiones, un *seguro de daños relevantes* derivados de la acción administrativa, aunque esa actividad sea correcta.

d) Y, finalmente, la responsabilidad puede ser también *el precio de algunas políticas públicas* perfectamente legales y legítimas, pero que pueden causar daños a derechos preexistentes consolidados y que, por eso, el dañado no tiene por qué soportarlos.

Así, pues, *garantía, control, seguro y precio* son las posibles funciones de la responsabilidad, aunque no coincidan necesariamente en todos los casos. Pero solo en los dos últimos casos (la responsabilidad como seguro y como precio) cabe poder hablar de responsabilidad objetiva. ¿Cuándo y cómo sucede eso? Veámoslo.

10. La responsabilidad es, en primer lugar, una *garantía* porque repara un perjuicio. Pero es también un *instrumento de control* para evitar daños futuros, de manera que juega un papel pedagógico en cómo se debe actuar bien. En esos casos viene a ser, como digo, un instrumento al servicio de la eficacia que guarda cierta semejanza con los controles de calidad que suelen implementar las empresas al fabricar un producto.

La responsabilidad puede ser también un *seguro* (de cobertura de ciertos riesgos relevantes, que hay que identificar). Y a veces, es el *precio* de actuaciones administrativas correctas que causan daños a derechos preexistentes, lo que coloca a la institución resarcitoria en el borde de la expropiación. Pero en esos casos hay que identificar «qué derecho queda afectado», o sea, qué se lesiona, qué se «expropia».

11. En las dos primeras funciones se trata de verificar el buen funcionamiento de la Administración. Y, como ya he dicho, esa verificación la hará el juez, aunque para ello debería tener el referente de lo que en cada caso se entiende por «funcionamiento normal»; una tarea que debería corresponder a los estándares, reglamentaciones y cartas de servicio aprobadas previamente por la Administración y que deben considerar las circunstancias y condicionantes de cada momento, es decir, tener en cuenta tanto lo que se quiere (la voluntad política) como lo que se puede (los condicionantes económicos). Ese referente previo a efectos comparativos es importante porque, como ya dije, en su ausencia el resultado puede ser muy dispar y a veces también irreal.

Pero la responsabilidad (aunque como excepción) puede ser el *precio* de algunas políticas perfectamente legítimas o el *seguro* de ciertos riesgos relevantes. Los únicos supuestos, a mi juicio, de responsabilidad objetiva, que metodológicamente podrán analizarse caso a caso, pero sólo una vez descartado el funcionamiento anormal de los servicios causantes del daño.

La responsabilidad puede ser, en efecto, el *precio* de políticas legítimas que, no obstante su legalidad y licitud, pueden producir daños a derechos consolidados de los ciudadanos. Esa función donde mejor se observa es el ámbito urbanístico. En el proceso urbanístico, como se sabe, el propietario va consolidando derechos secuenciales

a medida que cumple ciertos deberes en los términos previstos en el planeamiento: primero, el derecho a urbanizar, luego, conseguida la licencia, el derecho a edificar y, finalmente, el derecho a la edificación. A lo largo de ese proceso, el plan puede cambiar legítimamente y afectar frontalmente a esos derechos. Si el particular no ha consolidado aún el derecho a lo edificado, pero sí los derechos preexistentes de la ciudad «escalera», decimos que hay *responsabilidad* («supuestos indemnizatorios», dice el artículo 48 del RD Legislativo 7/2015, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo). Pero si se ha consolidado el derecho a la edificación y el edificio está ya construido, hablamos de *expropiación*. Una circunstancia en la que se ve así bien la cercanía de ambos conceptos a los que más atrás me refería al hablar de la primera regulación moderna de la responsabilidad en 1954. La responsabilidad incide aquí, como una expropiación o cuasiexpropiación de derechos consolidados. Pero ¿qué derecho se «expropia» cuando, por ejemplo, la Administración sanitaria causa un daño, pese a haber actuado bien? ¿Hay verdaderamente un derecho a la salud (a no estar enfermo) o, más bien, la expresión que utiliza la Constitución se refiere al derecho a acceder al tratamiento pertinente? Y si el daño surge o se mantiene tras un tratamiento o una operación efectuados correctamente, siguiendo en todo la *lex artis* y, además, sin coste alguno para el paciente, ¿se puede hablar de responsabilidad? ¿Es razonable ahí la responsabilidad objetiva? No parece. De ahí que en la responsabilidad sanitaria se suela acudir a la cuestión de la *lex artis*, o sea, a la subjetividad.

Y es que si decimos que la responsabilidad objetiva se justifica como el precio a la afección—incluso legítima—de un derecho, hay que encontrar ese derecho. Y eso hoy por hoy es difícil en la mayoría de los casos más allá de algunos supuestos concretos como, por ejemplo, el derecho a la vida (en el caso de la muerte producida como daño colateral a una actividad legítima), el derecho de propiedad (cuando actúan, por ejemplo, los bomberos y causan un daño al vecino de un incendio que sofocan correctamente a tiempo) o los derechos mencionados en el ámbito de la actividad urbanística.

El otro posible supuesto de responsabilidad sin culpa apunta a la idea de un *seguro* de ciertos riesgos, no de todos.

La teoría del riesgo se basa en la idea de asumir voluntariamente situaciones potencialmente peligrosas con la esperanza de obtener un beneficio. El riesgo puede producir daños y esos daños se pueden evitar o minorar bien no llevando a cabo la actividad que los puede producir, bien asegurándola previamente.

Esta función de la responsabilidad como seguro no puede ser el fundamento general de la institución, que actuaría así como un seguro universal ilimitado. Pero sí está en la base de algunos daños imprevistos. Y ¿qué riesgos serían esos? Lo mejor sería que los daños excepcionales que no se está obligado a soportar estuvieran

contemplados en la ley. Pero eso es excepcional y normalmente no está dicho. De modo que es el juez quien debe pronunciarse acerca de la excepcionalidad del riesgo indemnizable y la gravedad del perjuicio. Y aunque el casuismo es aquí inevitable, no se puede decir que haya una doctrina consolidada en forma de parámetros o principios referenciales a partir de criterios generales como puede ser el parámetro de la desigualdad y de los daños que afecten discriminadamente a unos ciudadanos más que a otros.

Ahora bien, la ley puede excluir la antijuridicidad; es decir, puede excluir expresamente la responsabilidad por riesgo. Salvando las distancias, sería algo parecido a cuando los particulares consienten riesgos y excluyen responsabilidades antes de cualquier intervención médica invasiva (firmando previamente el llamado «consentimiento informado»). Ese consentimiento lo puede contemplar el legislador en ciertos casos, en leyes específicas, excluyendo preventivamente potenciales supuestos. Es lo que hizo primero la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992 y mantiene ahora la Ley 40/2015 en su artículo 34 excluyendo que se pueda hablar de lesión, esto es, de antijuridicidad, en el caso de algunos riesgos del progreso, en concreto —dice— de daños derivados de hechos «que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes». Hay daño, es imputable a la Administración, pero ese daño no lo cubre el «seguro» público porque no es antijurídico, porque la propia ley dice que no hay lesión. No es el único supuesto, aunque sí el más cercano.

12. Así, pues, la Administración responde cuando haya habido culpa o negligencia y también, aunque no la haya habido, en algunos supuestos en los que ha sido afectado un derecho o se ha producido un daño derivado de una actividad de riesgo relevante no asumido. Por tanto, en puridad, *no debería poder decirse que nuestro sistema es un sistema de responsabilidad objetiva*, sino más bien *un sistema mayoritariamente subjetivo que no excluye, por excepción, algunos casos de responsabilidad objetiva*.

Por eso cabe, a mi juicio, criticar la STC 112/2018, de 17 de octubre, y estar más de acuerdo con los votos particulares que la acompañaron. En esa sentencia el Tribunal Constitucional vino a constitucionalizar el modelo concreto de la legislación existente (lo que significa, como dice un voto particular, petrificar el ordenamiento a pesar de que el artículo 106 remite genéricamente a «la» ley, presente o futura) y afirma que esa ley consolida un sistema de responsabilidad objetiva (lo que, por lo que se ha dicho, debería ser matizado). Una interpretación tan estricta supone —dice el voto particular— una remisión «hacia atrás», ignorando, además, *que no todo el mundo está de acuerdo en que se pueda afirmar, sin matices, que el sistema actual sea todo él un sistema de responsabilidad objetiva*.

13. Vamos ya terminando. Lo que les quería añadir, para finalizar, es que la responsabilidad no es solo una cuestión técnica. Como he sugerido, se trata de una institución que apunta a las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad de los servicios, al buen funcionamiento (eso que ahora se llama «la buena administración»). Aporta también elementos de reflexión acerca del equilibrio necesario entre el sistema jurídico, las posibilidades de gestión y el modelo económico y financiero. Por cierto, que, dicho sea entre paréntesis, nadie sabe con exactitud el coste real global del sistema considerando todas las Administraciones y todos los momentos en que se asume la responsabilidad (cuando se acepta la petición, cuando se estima un recurso administrativo y cuando hay condena judicial).

Así pues, la responsabilidad aporta elementos de reflexión de muy variada índole. De ahí su significado central en la concepción constitucional de la Administración. Por eso decía Hauriou, hace más de cien años, que el contencioso y la responsabilidad son los dos pilares del Derecho Administrativo. Por eso cabe añadir también que a ese respecto no hay, en puridad, un Derecho Administrativo de izquierdas o de derechas. Podrá haber políticas legislativas de uno u otro signo, pero el Derecho Administrativo en cuanto tal es hijo del liberalismo en el sentido de estar (como quería Hauriou) al servicio del principio de legalidad y del principio de indemnidad. Y en ambos casos, como elemento de ponderación final y de control, surge la figura del principal protagonista: el juez de lo contencioso, cuya selección, formación y especialización se convierten así en cuestiones neurálgicas de todo el sistema.

Por tanto, al reflexionar sobre la responsabilidad, estamos apuntando a una concepción del Derecho que va más allá del simple juego de la interpretación formal. Incorpora debates más profundos sobre la relación entre el Estado y la sociedad y también sobre la coherencia del sistema social, económico y cultural con el modelo jurídico. Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad, elementos políticos subyacentes para introducir la idea de eficacia, pero también la de coherencia y no pedir al Estado acciones contradictorias. Por ejemplo, exigir que se abstenga de controlar y, al mismo tiempo, reclamar responsabilidad cuando se producen daños derivados de esa inactividad; criticar el gasto en prevención y reclamar por insuficiencia de ese gasto cuando se produce el evento dañoso...

Es, además, un campo abonado también para la reflexión sobre la responsabilidad individual. Un filósofo francés de mi generación (Pascal Bruckner) se ha referido a esta cuestión que ha denominado «la tentación de la inocencia». La tentación de la inocencia —dice— supone endosar la reparación de todos los males a un «tótem» estatal poderoso y malvado al mismo tiempo que se reclama el repliegue global de dicho Estado. Es una enfermedad de algunas sociedades en las que la conciencia de lo público como algo propio y, por tanto, de todos, todavía no ha calado del todo.

Es —añade— «esa enfermedad del individualismo que consiste en tratar de escapar de las consecuencias de los propios actos; un intento de gozar de los beneficios de la libertad sin sufrir ninguno de sus inconvenientes». Una enfermedad que conduce a la victimización (todos son culpables...menos yo); un fenómeno social, por cierto, bien actual y que se proyecta en muchas y variadas direcciones. Pero un fenómeno social que tiene que ver también con el Derecho en la medida en que éste desvela los valores de una sociedad dada en un momento dado. Y demuestra que, más allá de normas, preceptos y sentencias, el Derecho como ciencia social propicia plantearse todo este tipo de preguntas, algunas de las cuales no tienen una respuesta cerrada y bien precisa. Pero unas preguntas necesarias, que nos introducen en el sentido más profundo del Derecho como valor social. Un Derecho que luego se transformará en instrumentos, conceptos y técnicas concretas como los que analizarán otros ponentes en estas mismas Jornadas.

Sevilla, a 26 de junio de 2025