

WHO SAID, “THE KING CAN DO NO WRONG”? EL TÓPICO HISTÓRICO DE LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

WHO SAID, “THE KING CAN DO NO WRONG”? THE HISTORICAL TOPIC OF PATRIMONIAL IMMUNITY OF THE STATE

Luis Medina Alcoz
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En España, al igual que en los países vecinos, la normalización de una Administración responsable, obligada a reparar los daños causados por los ilícitos de sus funcionarios, es un fenómeno relativamente reciente. La tradición disciplinar del Derecho público ha interpretado la ausencia de responsabilidad estatal por ilícito funcional en efecto característica de las Administraciones europeas del siglo XIX como una trasposición del viejo dogma *The King Can Do No Wrong*, un rastro del *princeps legibus solutus* que el Derecho administrativo habría tardado en orillar. La historiografía de las últimas décadas, junto a la consulta directa de las fuentes, obliga a revisar este tópico disciplinar, estrechamente vinculado a la caricaturización de la monarquía tradicional como un Estado de fuerza situado al margen del Derecho, y al correlativo enaltecimiento del Derecho administrativo como producto del Estado liberal que habría logrado al fin limitar a esa Administración preexistente a través de la separación de poderes y el principio de legalidad. Tal es el objetivo del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, responsabilidad patrimonial de la Administración, responsabilidad personal de oficiales o funcionarios, absolutismo, The-King-Can-Do-No-Wrong, inmunidad patrimonial, tópicos disciplinares del Derecho administrativo, autorización para procesar a autoridades y funcionarios, historia del Derecho administrativo

ABSTRACT: In Spain, as in neighboring countries, the normalization of a responsible public administration, obliged to repair the damage caused by civil servants, is a relatively recent phenomenon. The disciplinary tradition of public law has interpreted the absence of state liability for official misconduct, which was in fact characteristic of 19th-century European administrations, as a transposition of the old dogma *The King Can Do No Wrong*, a trace of the *princeps legibus solutus* that

administrative law was slow to overcome. The historiography of recent decades, along with direct consultation of sources, compels us to review this disciplinary cliché, closely linked to the caricature of the traditional monarchy as a state of force situated outside the law, and to the corresponding exaltation of administrative law as a product of the liberal state that had finally succeeded in limiting that pre-existing administration through the separation of powers and the principle of legality. Such is the objective of this article.

KEYWORDS: Tort and liability, Governmental liability, personal liability of officers or officials, absolutism, The King Can Do No Wrong, patrimonial immunity, disciplinary topics of Administrative Law, authorization to prosecute authorities and officials, History of administrative law

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: REVISIÓN DE UN TÓPICO DISCIPLINAR.— 2. EL PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS OFICIALES: 2.1. Antiguo Régimen y Cortes de Cádiz; 2.2. Comienzos del Estado liberal: A) Daños sacrificiales y contractuales; B) Daños derivados de ilícito extracontractual; C) La Ley de administración y contabilidad de 1850.— 3. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO COMO NUEVO PARADIGMA: 3.1. Razones del cambio; 3.2. Primeros autores; 3.3. Primeras leyes y sentencias.— 4. LA INMUNIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PRODUCTO GENUINO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINAS Y MECANISMOS: 4.1. Tradicionalistas y conservadores contra el nuevo paradigma; 4.2. Reclamación administrativa previa y otras trabas procedimentales; 4.3. Exigencia de previsión legal de las indemnizaciones por daño lícito sacrificial; 4.4. Negación de la responsabilidad directa de la Administración por ilícito del funcionario.— 5. EL MITO DE LA HISTÓRICA IRRESPONSABILIDAD ESTATAL COMO ARGUMENTO LEGITIMADOR.— 6. CONCLUSIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO: REVISIÓN DE UN TÓPICO DISCIPLINAR¹

La tradición académica europea sobre cómo surgieron y evolucionaron las instituciones del Derecho administrativo se ha edificado en buena medida sobre dos tópicos, que son, crudamente expuestos y sin matices: (i) el Antiguo Régimen como un Estado de fuerza dominado por un rey absoluto, cabeza de una Administración omnipotente que actuaba en régimen de confusión de funciones; y (ii) el Derecho administrativo como instrumento nacido para someter a esa Administración preexistente a las exigencias revolucionarias de la división de poderes y el principio de legalidad, protegiendo al fin al súbdito —ahora ciudadano— mediante nuevas garantías. Condicionada por esta visión, la doctrina viene considerando de modo más o menos consciente que, al desarrollar la ingente tarea de limitar jurídicamente al poder público, el Derecho administrativo hubo de concentrarse inicialmente en algunos remedios, señaladamente, lo contencioso-administrativo, dejando otros para más adelante.

¹ Agradezco las útiles observaciones realizadas por los revisores anónimos, así como por los profesores Sebastián Martín, José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez.

Es lo que habría ocurrido con la responsabilidad civil del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. La ausencia de esa garantía, en efecto característica de las Administraciones europeas del siglo XIX, se interpreta como un resabio del absolutismo monárquico, como una trasposición al Derecho administrativo del viejo dogma *The King Can Do No Wrong*, como un rastro del *princeps legibus solutus* que el Derecho administrativo habría tardado en orillar.

Para ilustrarlo, cabe citar el Curso de Derecho administrativo (1977) más influyente en España durante la segunda mitad del siglo XX:

“En la esfera del Derecho Público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multiseccular, que, a través de una combinación de la potestas imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual *the King can do no wrong* (el rey no puede hacer ilícito). La fuerza del principio no disminuyó, sino todo lo contrario, con el advenimiento del Estado moderno, en cuyos presupuestos teóricos encontró, incluso, nuevos alicentos (BODIN: ‘*or la souveraneté n’est limitée, ni en puissance ni en charge*’), que los teóricos del absolutismo, sobre la base del *princeps legibus solutus*, no dudaron en realzar. Hasta tal punto esto es así, que el principio no cedió cuando todo el edificio del *ancien régime* quedó arrumbado tras el poderoso impulso de la burguesía revolucionaria. ... Todavía a finales del pasado siglo, que es cuando empieza a vislumbrarse la ruptura, un autor tan caracterizado como LAFERRIÈRE podría afirmar que ‘lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación’. Se entra, pues, en pleno siglo XX, arrastrando aún los viejos prejuicios medievales” (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)².

Resulta revelador que lo mismo pueda leerse en un texto de Fernando GARRIDO FALLA (1989). Las muchas diferencias de este autor con GARCÍA DE ENTERRÍA en punto al sistema vigente eran, en cambio, acuerdos cerrados en torno al porqué de la tradicional ausencia de una responsabilidad civil directa del Estado por las culpas de sus autoridades y funcionarios:

“La vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona *The King can do no wrong*), explicable dentro del contexto del ‘origen divino del poder’, mantiene todavía su vigencia cuando los poderes absolutos del príncipe han sido heredados por la soberanía nacional. A fines del siglo XIX aún pudo decir LAFERRIÈRE: ‘Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación’”³.

Se trata de una explicación ya arraigada con anterioridad y en otros países, lo que puede ejemplificarse con el célebre ensayo de Léon DUGUIT sobre “La transformación del Estado” (1909), el Tratado de Derecho administrativo español más influyente en la primera mitad del siglo pasado (1917), un artículo sobre la responsabilidad de los entes locales (1951) o un estudio italiano destinado específicamente a explorar los orígenes de la responsabilidad civil de la Administración (1994).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (1977): *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, pp. 305-306; también en la 17.ª edición de 2022, pp. 381-382.

³ GARRIDO FALLA, F. (1989): “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 7-8.

“Dominados por la vieja concepción regalista, nuestros juristas, no hace mucho tiempo aún, afirmaban como dogma intangible la irresponsabilidad del Estado poder público. Según su idea, el Estado es una persona de esencia supraterrena: puede equivocarse, puede cometer faltas, pero es irresponsable. El poder público no puede ser sometido a la gran ley de la responsabilidad: está por encima de esta ley, que no se ha hecho para él... Hoy, por el contrario, se produce y afirma cada día más una jurisprudencia que admite el principio general de la responsabilidad del Estado” (DUGUIT)⁴.

“El sistema de la irresponsabilidad era el sistema regalano, dando a la idea de soberanía un alcance inadmisibles. Modernamente, la irresponsabilidad se ha defendido, sosteniendo que la Administración, entidad abstracta, obra por sus funcionarios; si estos se mantienen en la esfera de lo dispuesto legalmente no debe existir responsabilidad” (GASCÓN Y MARÍN)⁵.

“La doctrina clásica, con su máxima ‘The King can do not Wrong’, ‘El Rey no se equivoca’, proclamaba la irresponsabilidad total de la Administración, fundándose en que las nociones de soberanía y responsabilidad son nociones que se excluyen; el que crea el Derecho no debe ser responsable de la violación del mismo —se decía—, ya que esta no puede tener lugar por actos de la voluntad soberana, pues si los actos son conformes a la ley, no hay violación, y si no lo son, es el órgano, es el agente público el que faltó y el que debe responder” (GONZÁLEZ NIETO)⁶.

“Es bien sabido que el atributo fundamental de la soberanía, a partir de Bodino..., es la *legibus soluta summa potestas* ... No requiere particulares demostraciones la afirmación de que el señalado concepto de soberanía —acogido después por la mayor parte de los absolutistas— incluye la consecuencia de que el monarca, por razón de su supraordenación jurídica sobre las leyes positivas, no puede actuar ilegalmente ... La fuerza y la capacidad de resistencia del principio monárquico dará lugar en los países del *civil law*, sin perjuicio de la diversidad de matices, a transferir tales atributos al Estado personificado ... [De manera que] en la Europa continental tal concepción [la de la irresponsabilidad patrimonial del Estado] halla su matriz genuina en la supraordenación del rey al Derecho, de derivación absolutista” (CARRÀ)⁷.

Huelga decir que yo mismo he participado de esta tradición disciplinar en el libro de mi tesis doctoral (2005):

“Las teorías germánicas de los siglos XVII-XVIII y los postulados ideológicos de la Revolución Francesa prepararon el fenómeno de la subjetivación de las organizaciones públicas y de la sujeción de estas a reglas jurídicas, pero la fuerza del principio monárquico se proyectó sobre la nueva personalidad jurídica estatal, transfiriendo el privilegio de la irresponsabilidad de la figura del monarca a la del Estado. Por eso se consideraba que los daños que causara el Estado a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor”⁸.

Ocurre que durante las últimas décadas los historiadores del Derecho han revisado en profundidad la transición entre el Antiguo Régimen y el constitucionalismo

⁴ DUGUIT, L. (1909): *La transformación del Estado*, trad. A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid. Hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 139-146.

⁵ GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Doctrina General*, Imprenta Clásica Española, Madrid, pp. 555-556.

⁶ GONZÁLEZ NIETO, E. (1952): “Responsabilidad de las entidades locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 62, p. 214.

⁷ CARRÀ, M. (1994): “L’affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee”, en *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*, D. Sorace (dir.), Il Mulino, pp. 29-74. Traducción propia.

⁸ MEDINA ALCOZ, L. (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, pp. 47-48, 111.

liberal⁹. Son tales los cambios epistémicos, que se ha hablado de un auténtico “giro jurídico”, de una “nueva historia del Derecho”, que, partiendo de un enfoque antropológico y crítico, arroja una mejor comprensión del orden jurídico e institucional tanto de la monarquía tradicional como de las primeras experiencias constitucionales¹⁰. Han aparecido así un nuevo enfoque y buenos argumentos para superar aquella imagen de la monarquía absoluta como un Estado de fuerza y del Derecho administrativo como un instrumento diseñado para introducir al fin garantías.

Según resulta, esos tópicos disciplinares fueron elaborados inicialmente por la historiografía liberal del siglo XIX y, aunque tenían un fondo de verdad, encerraban mucho de caricatura, lo que cumplía una concreta finalidad práctica: ocultar que el llamado Estado liberal era, en realidad, el proyecto de un Estado amplio, con una capacidad de intervención sin precedentes, y el Derecho administrativo, un nuevo orden sin límites de Derecho natural y constitucional que garantizaba esencialmente, no los derechos del individuo, sino la posición de superioridad de una autoridad completamente nueva: la Administración pública. Los autores más liberales contribuirán a consolidar estos tópicos, habida cuenta de que trataron de legitimar sus propuestas de garantía oponiéndolas al absolutismo monárquico. Ciertamente, el absolutismo en el Antiguo Régimen no puede reputarse un simple mito historiográfico, pero tampoco puede ignorarse que los rasgos que permitían caracterizarlo como tendencia fueron exacerbados por unos y por otros, ofreciendo una explicación muy distorsionada de la verdadera dimensión del Estado y sus límites.

De manera que, de acuerdo con la moderna historiografía, la monarquía del Antiguo Régimen fue hasta el final, con todos los matices que se quiera, una suerte de Estado judicialista, constreñido por una sociedad corporativa compleja y obligado a

⁹ Entre otros, HESPANHA, A. M. (1989): *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Taurus, Madrid; HESPANHA, A. M. (1990): “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a revolução”, en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze – Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), vol. 1, Giuffrè, Milano, pp. 135-204; CLAVERO, B. (1995): “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 24, pp. 419-465; MANNORI, L. y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari; MANNORI, L. (2007): “Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo Régimen”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, pp. 125-146; GARRIGA ACOSTA, C. (2007): “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen: la tradición jurisdiccional”, en *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, pp. 43-72; AGÜERO NAZAR, A. (2007): “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, pp. 21-58; LORENTE SARIÑENA, M. (2009): “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. Jurisdicción Administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, *Historia y Política*, 22, pp. 15-44; VALLEJO, J. (2009): “Concepción de la policía”, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, M. Lorente (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 117-144.

¹⁰ LEMPÉRIÈRE, A. (2019): “Constitución, jurisdicción, codificación. El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 57, pp. 1-34; AGÜERO NAZAR, A. (2021): “Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas”, Dossier 2618-415x, en *Historiapolitica.com. El sitio web del Programa Interuniversitario de Historia Política*, en <https://historiapolitica.com>.

ejercer coerción con lógicas procesales; y el Derecho administrativo, una disciplina nacida y desarrollada inicialmente con el propósito de constituir sobre las ruinas de la vieja sociedad corporativa un Estado amplio hegemonizado por la Administración.

Si esto es así, y yo estoy convencido de ello¹¹, caen por su propio peso las razones ofrecidas para explicar la ausencia de una responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. Ya no puede ser la herencia del absolutismo monárquico ni puede decirse que un Derecho administrativo de impronta garantista abandonase provisionalmente la tarea de superar ese legado para centrarse en remedios más urgentes.

El presente estudio pretende justamente ofrecer una explicación alternativa al hecho incontrovertido de que durante buena parte del siglo XIX el erario no pagó los daños derivados de actuaciones ilícitas o culpables de sus funcionarios ni en España ni en los ordenamientos de nuestro entorno. A tal efecto, abordaré con cierto detenimiento el problema de la responsabilidad por daños causados por oficiales o funcionarios o derivados del funcionamiento de los servicios públicos desde el Antiguo Régimen hasta los años cincuenta de la pasada centuria. Me referiré exclusivamente a nuestro ordenamiento jurídico, aunque la conclusión resultante es, creo, generalizable. En cualquier caso, incluyo algunas referencias comparativas generales, que considero pertinentes para entender el problema en España, teniendo en cuenta, por lo demás, que durante el siglo XIX buena parte de los debates jurídicos trabados en Francia, Inglaterra, Italia y Alemania llegaba aquí casi a tiempo real.

2. El paradigma de la responsabilidad personal de los oficiales

2.1. Antiguo Régimen y Cortes de Cádiz

En el Antiguo Régimen algo parecido a una responsabilidad de la Corona, con cargo a la hacienda real, existía solo en supuestos de apropiaciones de tierras o sacrificios impuestos por razón de un bien superior, así como de incumplimiento o rescisión de contratos. Los teólogos y juristas españoles habían justificado teóricamente que el erario indemnizase tanto el daño lícitamente causado en estado de necesidad como la violación del contrato suscrito por el príncipe, y la práctica se ajustaba más o menos a estos postulados¹². Entre los muchos testimonios que podrían citarse, cabe

¹¹ MEDINA ALCOZ, L. (2022): *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.

¹² En general, GARRIGA ACOSTA, C. (2007): *ob. cit.*, pp. 65-72. Para los sacrificios patrimoniales, puede verse GARCÍA MARTÍN, J. (2010): “*Auferre rem privati* o título versus potestas. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*”, en *Historia de la propiedad. La expropiación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 99-193; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2023): “Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa en el Iusnaturalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 220, pp. 117-14. Para la responsabilidad contractual, es muy reveladora la historiografía sobre el gasto de la corona, que se ocupa de los contratos que el rey suscribía para la provisión de dinero y materiales. Reflejando el estado de la cuestión: ANDRÉS UCENDO, J. I. y LANZA GARCÍA, R. (2024): “Estructura y tendencias del gasto de la hacienda real de Castilla en el siglo XVII”, OHM: *Obra-oiro de Historia Moderna*, núm. 33, <https://doi.org/10.15304/ohm.34.10009>.

traer algunos célebres párrafos de las *Controversias fundamentales* (1564) del jurista vallisoletano Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA:

“[El] príncipe revestido del mero y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo, cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa ... [de manera que en] el supuesto de que se me despoje de una cosa propia ante una necesidad apremiante de la república, ni aun en virtud de la plenitud de poder le será lícito al príncipe el dejar de concederme una compensación proporcionada ... La república debe ofrecer una proporcionada y conveniente compensación a quien hizo entrega de algún bien suyo para aliviar y remediar la necesidad pública, quitada la parte proporcional que como uno de los miembros del pueblo debía aportar ... por tanto, si el despojarme a mí de un bien propio redundó en beneficio de todos, es muy justo y muy conforme al derecho natural que entre todos se me restituya su valor (quitando la parte proporcional que a mí me correspondía pagar)”.

“[N]o no le es lícito al príncipe quebrantar el propio contrato, aun cuando use de la plenitud de su poder; porque su poder, por muy extenso que sea, no se extiende hasta ésto, estando prohibido por derecho natural y de gentes el quebrantar el contrato, según consta por varias leyes y comentaristas”¹³.

Es verdad que no existía nada parecido a una responsabilidad patrimonial de la Administración por ilícitos extracontractuales. Sin embargo, ello no puede relacionarse estrictamente con el absolutismo monárquico por las razones siguientes.

Primera, la Administración no existía como tal durante el Antiguo Régimen por lo que difícilmente pudo beneficiarse de un privilegio de inmunidad patrimonial derivado del absolutismo monárquico. A finales del siglo XVIII, el rey y sus agentes eran aún, en sustancia, jueces que impartían justicia. La mayor parte de las tareas que hoy concebimos como administrativas (seguridad, prisiones, comunicaciones, enseñanza, beneficencia...) estaba desperdigada entre una variedad de cuerpos intermedios (Iglesia, señoríos, gremios profesionales, universidades, ciudades), que no eran ni se concebían como poder público en sentido moderno. Ciertamente, dentro de las ocupaciones de la monarquía se había aislado ya una actividad distinta de la justicia, llamada de gobierno o de policía, pero no consistía en realizar tareas de gestión en beneficio de los vasallos, sino más bien en reglamentar la vida social (leyes de policía, autos de buen gobierno). Las actividades gubernativas directamente desempeñadas por los agentes reales se ceñían más que nada a asuntos internos, domésticos o económicos (que incluían la exacción de tributos o la gestión de montes, reales fábricas o correos y postas, entre otras rentas), lo que es natural en una monarquía cuya principal preocupación seguía siendo en realidad obtener recursos para competir con sus rivales europeos y financiar costosas campañas militares. De modo que eran los propios vasallos, y no los oficiales reales, quienes con mucha más frecuencia podían perjudicar o vulnerar derechos adquiridos; derechos que en todo caso contaban con la protección de la monarquía a través de un complejo entramado de magistraturas o

¹³ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *Controversiarum illustrium aliarumque usv frequentium: libri tres*, traducción de F. Rodríguez Alcalde, 4. t., Universidad de Valladolid. Los párrafos citados están en los tomos I (pp. 144, 167-168) y II (p. 131).

justicias¹⁴. Consecuentemente, en ausencia de Administración, puestos a utilizar categorías modernas, ello sería más parecido a una inmunidad patrimonial del Estado-juez, no tan disímil de la que opera parcialmente en la actualidad. Sin embargo, ni siquiera esta interpretación es correcta, según razono a continuación.

Segunda, el dogma de una soberanía absoluta de origen trascendental situada por encima del Derecho no fue moneda corriente en España¹⁵, por lo que la irresponsabilidad patrimonial de la Corona por los ilícitos de sus oficiales ha de explicarse por otra razón. No cabe examinar aquí el detalle de los diversos regímenes de los reinos peninsulares y de Indias, pero sí señalar al menos que la doctrina política dominante, que llegará prácticamente incólume a Cádiz y dará incluso soporte ideológico a la Revolución española¹⁶, establecía inversamente que la soberanía monárquica derivaba de un pacto social implícito o hipotético (*translatio imperii*), que colocaba a la comunidad en situación de pedir cuentas. Así lo explicaba a finales del siglo XVIII Lorenzo SANTAYANA BUSTILLO, catedrático de la Universidad de Cervera:

“En nuestra España toda la potestad Civil reside en su Rey, en quien la transfirieron los Pueblos desde el origen de esta Monarquía. Mas reservandose sus Príncipes la Suprema Potestad [la justicia], han dexado á los Pueblos el Gobierno Politico de sí mismos”¹⁷.

Y, de acuerdo con esta doctrina, era incuestionable que el monarca está sujeto al Derecho natural e, incluso, a sus propias leyes:

“[El rey] haría injuria a la república y a los demás ciudadanos si él, siendo parte de la república, no llevase parte del peso de la ley”, “las leyes dadas por la república obligan a todos, luego, sin son dadas por el rey, obligan también al rey mismo” (Francisco de VITORIA¹⁸).

“[E]s el rey quien debe someterse a las leyes, no estas al rey”, “por muy encumbrado que sea el poder del príncipe, no le es lícito, ni permitido, el quebrantar las leyes [...], todo el que promulga leyes debe someterse él mismo a ellas” (Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA¹⁹).

“En las leyes está contenido lo que es lícito y justo, y el que las viola se aparta de la justicia y la rectitud, cosa que a nadie está permitido, y mucho menos al rey, cuya misión es administrar justicia y castigar el crimen” (Juan de MARIANA²⁰).

¹⁴ Véase, MANNORI, L. y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari; MEDINA ALCOZ, L. (2022): *op. cit.*

¹⁵ Lo puso ya de relieve desde el punto de vista del Derecho administrativo, NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, pp. 129-137.

¹⁶ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2010): “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *De Aranjuez a Cádiz: por la libertad y la Constitución. Bicentenario de La Junta Central Suprema 1808-2008*, Ayuntamiento de Aranjuez, Aranjuez, p. 197.

¹⁷ SANTAYANA BUSTILLO, L. (1769): *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Eliseo Sánchez, Madrid, p. 2.

¹⁸ VITORIA, F. de (2007 [1529-1532]): *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid, p. 50.

¹⁹ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *ob. cit.*, vol. 1, pp. 99, 104.

²⁰ MARIANA, J. de (1981 [1598]): *La dignidad real y la educación del rey. De rege et regis institutione*, CEC, Madrid, p. 107.

“[Q]uando dezimos que el Príncipe lo es todo sobre el Derecho positivo, se entiende para hazer las leyes, y mudarlas, y declararlas, pero no para no guardarlas” (Jerónimo de ZEVALLOS²¹).

“[V]anas serán las leyes si el príncipe que las promulga no las confirmare y defendiere con su ejemplo y vida”, “por ellas se han de juzgar las causas entre el príncipe y los súbditos”, “tan sujetos están los reyes de España a las leyes, que el fisco, en las causas del patrimonio real, corre la misma fortuna que cualquier vasallo, y en caso de duda, es condenado” (Diego SAAVEDRA FAJARDO²²).

Tercera y decisiva, la Corona no incurría en responsabilidad, no porque dominara un privilegio absolutista de inmunidad, sino, sencillamente, porque la responsabilidad exigible en la cosmovisión medieval era la *personal* de quién cometió el ilícito. Y resulta que los oficiales del rey estuvieron siempre expuestos a procedimientos de control y de exigencia de responsabilidad *ex delicto* y *ex quasi-delicto* (criminal y patrimonial), que permitían al súbdito agraviado defender sus derechos y obtener reparaciones (juicios de residencia, pesquisas, visitaciones, tomas de cuentas). Se ha dicho por ello que “con independencia de cuál fuera su eficacia —obviamente cambiante, en general decreciente a partir del siglo xvii—, la acción combinada del juicio de residencia (que también era obligado en los territorios señoriales) y de la visita (que también los jueces ordinarios debían girar a sus distritos) hacía que, antes o después, todos los oficiales (o poco menos) quedaran públicamente expuestos a la acción de los querrellosos”²³.

La escolástica española justificó específicamente la obligación de los oficiales del rey e, incluso, del rey mismo de resarcir los daños derivados del ejercicio ilícito de sus tareas²⁴. Luis de MOLINA, en particular, razonaba que unos y otro tienen arrendados sus servicios “como si estuvieran contratados por la república para este fin ... quedando obligados a resarcir los daños que se sigan del incumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que cualesquiera otros particulares que arriendan sus servicios”²⁵.

²¹ ZEVALLOS, J. de (1623): *Arte real para el buen gouierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos*, Imprenta de D. Rodríguez, Toledo, f. 87.

²² SAAVEDRA FAJARDO, D. (1988 [1642]): *Empresas políticas*, Barcelona, Planeta, pp. 148-149.

²³ GARRIGA ACOSTA, C. (2009): “Gobierno y justicia: El Gobierno de la justicia”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 105-106. Para una visión de conjunto, además, GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): “Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos xiii-xviii)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pp. 249-272. Para los Reinos de Indias, MALAGÓN PINZÓN, M. (2008): *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 175-295, y LLINÁS ALFARO, D. (2012): “Proto-constitucionalismo indiano. La responsabilidad de la corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en *Constitucionalismo científico. Dinámicas globales y locales*, B. Marquardt (coord.), Temis, Bogotá, pp. 285-331.

²⁴ Lo ha puesto de relieve RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013): “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.

²⁵ MOLINA, L. (1941 [1593-1600]): *Los seis libros de la justicia y el Derecho*, vol. 1, J. L. Cosano, Madrid, p. 181.

Las Cortes de Cádiz no solo confirmaron esta práctica institucional, sino que la desarrollaron ampliamente como garantía fundamental de las libertades de los españoles, que “están afianzadas por la responsabilidad de los funcionarios públicos ante la ley” (Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil de 1821). De acuerdo con el Decreto CCXLIV de 24 de marzo de 1813, todo empleado público era responsable civil y penal por su comportamiento antijurídico en el desempeño de su cargo (abuso del oficio, soborno, cohecho o simple “descuido ó ineptitud”), razón por la que “será privado de empleo, y resarcirá los perjuicios que haya causado, quedando además sujeto á las otras penas que le estén impuestas por las leyes de su ramo” (cap. II, art. iii)²⁶.

De modo que durante el Antiguo Régimen y aún después, no era siquiera imaginable una responsabilidad directa del Estado por las negligencias y abusos de sus oficiales. Había responsabilidad, pero era exigible a las autoridades y agentes reales, que nunca estuvieron inmunizados y seguirán sin estarlo hasta que, ya avanzado el siglo XIX, se condicione su procesamiento a la obtención de una autorización administrativa previa de carácter discrecional (Ley de 2 de abril de 1845, Real Orden de 27 de marzo de 1850), inspirada en parte en el modelo francés (Ley de 14 de diciembre de 1789 y art. 75 de la Constitución del año VIII)²⁷. Incluso entonces, al menos en el plano teórico, la denegación de la autorización no suponía estrictamente rechazar la responsabilidad personal, sino ubicarla fuera de la jurisdicción, dentro de la cadena administrativa de mando, donde el superior hacía suyo el acto del inferior hasta desembocar en la responsabilidad legal del ministro, piedra angular de toda la construcción de la responsabilidad del Estado liberal²⁸.

2.2. Comienzos del Estado liberal

Durante buena parte del siglo XIX siguió vigente este estado de cosas. Para empezar, la Administración era inicialmente un proyecto, pero no una realidad afianzada. La

²⁶ Ampliamente, GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España, orígenes y destinos*, CEPC, Madrid, pp. 215-272.

²⁷ La autorización administrativa se exigía para el ejercicio de acciones ante los tribunales penales, incluida la de responsabilidad civil *ex delicto*. Según COLMEIRO, la autorización había de requerirse también “cuando se intenta una acción civil en indemnización de daños” ante los tribunales ordinarios, al igual que en el Derecho francés [M. COLMEIRO PENIDO (1850): *Derecho administrativo español*, t. I, Librería Ángel Calleja, Madrid/Santiago de Compostela, p. 71]. No obstante, de acuerdo con Ramón PARADA, el Derecho positivo no parecía dar respaldo a esta posición. PARADA VÁZQUEZ, R. (1960): “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización administrativa previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 126-127.

²⁸ Lo explica muy bien, tras estudiar la doctrina del Consejo de Estado respecto de estas autorizaciones y evidenciar que en la práctica condujo a la falta de responsabilización frente a los particulares, SOLLA SASTRE, M.ª J. (2011): *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 331-332.

actividad de la proto-Administración monárquica era incomparablemente menor a la de nuestros días. El Estado, dada la escasez de sus recursos, gestionaba aún poco y, cuando lo hacía, lo normal es que lo hiciera indirectamente, a través de las corporaciones locales²⁹. No es casualidad que la mayor parte de los procesos de la justicia contencioso-administrativa inaugurada en 1845 tuviera por objeto actuaciones municipales.

Se entiende por eso que perdurase la vieja concepción de la responsabilidad del Antiguo Régimen en lo relativo tanto a los daños sacrificiales y contractuales (A) como a los derivados de ilícito extracontractual (B), y que tal concepción aflorase en 1850 dentro del primer régimen general sobre reclamaciones “contra el Estado á título de daños y perjuicios, o á título de equidad” (C).

A) *Daños sacrificiales y contractuales*

Se indemnizaban con toda naturalidad los sacrificios forzosos o incidentales, tal como ocurría antes de la instauración del Gobierno representativo³⁰. Cabe apreciar todo lo más un incremento de estas reparaciones vinculado a la supresión de privilegios propios del viejo orden feudo-corporativo, así como al impulso de las obras públicas por parte de la naciente Administración. Se trataba de una auténtica responsabilidad directa del Estado, si bien para estos casos la literatura jurídica del XIX evitaba normalmente la denominación “responsabilidad”, vocablo que, por efecto de la teoría jurídica dominante, se reservaba para las obligaciones nacidas de acto ilícito y culpable.

Destacan las llamadas “cargas de justicia”, previstas en las leyes de presupuestos a lo largo del siglo. Se trataba de indemnizaciones abonadas por el Estado a los sucesores de los antiguos titulares de oficios enajenados y de otros derechos de la Corona o poseedores de donaciones y privilegios reales, o bien a quienes participaban en rentas o tributos luego suprimidos (alcabalas, cientos)³¹. Fueron igualmente objeto de reparación las pérdidas causadas por la abolición del diezmo a quienes habían adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo, llamados partícipes legos³².

²⁹ PRO RUÍZ, J. (2019): *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, pp. 617-626.

³⁰ Véase, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1868): voz “daños”, en *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. V, 2ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 3-5. Un análisis de decisiones del Consejo Real o de Estado y del Tribunal Supremo, en GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coord. J. M.ª Baño León, t. III, CEPC, Madrid, pp. 2721-2729.

³¹ Las cargas de justicia fueron objeto de una extensa regulación y jurisprudencia. Véase MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): voz “Cargas de Justicia”, en *Diccionario de la Administración española*, t. II, 4.ª ed., pp. 151-168.

³² Ley de 20 de marzo de 1846, mandando indemnizar a los partícipes legos de diezmos, y el Real Orden de 28 de mayo de 1846, aprobando la instrucción para el cumplimiento de la anterior Ley. El Consejo de Estado reconoció el derecho a indemnización por este concepto, por ejemplo, en el Real Decreto Sentencia de 14 de abril de 1859 (Gaceta de Madrid núm. 120 de 30 de abril de 1859).

Se compensaban otros daños sacrificiales, normalmente en aplicación de preceptos de la legislación administrativa, por ejemplo: perjuicios sufridos por combatir en guerras o realizar prácticas militares³³; daños derivados de la ejecución de obras públicas³⁴ o del derribo de edificaciones para la fortificación de plazas³⁵; o consecuencia de operaciones de salvamento de buques naufragados o para precaver inundaciones³⁶; o gastos de estudio para la construcción de ferrocarriles encargados por el Ministerio del ramo, pero devenidos inútiles por decisiones de la Administración³⁷.

Esta obligación indemnizatoria de la Administración se hacía extensible a expropiaciones o sacrificios patrimoniales ilegales, esto es, daños materiales que habrían devengado crédito resarcitorio con cargo a la hacienda pública de haberse realizado correctamente. Para razonarlo el Real Decreto Sentencia de 17 de julio de 1847 (suscrito por José POSADA HERRERA en su condición de secretario del Consejo Real y relativo a un caso de invasión de la propiedad al construir nuevas aceras), incluyó una doctrina proclive a la reparación del sacrificio especial de la que se hará eco el tratado de Derecho administrativo de COLMEIRO, el más importante del siglo XIX, al menos hasta los años ochenta: “en cuestiones administrativas, no solo los derechos perfectos y absolutos, una vez desconocidos y heridos, producen acción e indemnización á favor del que los afecta, sino también los intereses legítimos compatibles con el interés público, é injustamente hollados á nombre de este interés”³⁸.

Por otra parte, también en perfecta línea de continuidad con el pasado, la Administración monárquica en ciernes estaba obligada a indemnizar daños y perjuicios contractuales. Para empezar, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina admitían sin ambages la indemnización de daños sacrificiales derivados de la modificación, suspensión o revocación de contratos de obras y servicios, en los casos en que la Administración podía imponerla válidamente. En los contratos de obras públicas se fue incluso más lejos al preverse la indemnización de pérdidas no impuestas por el Estado derivadas de caso fortuito o fuerza mayor (art. 41 del Real Decreto de 10 de julio de 1861, aprobando el Pliego de condiciones generales para las contratas de obras públi-

³³ Sobresale a este respecto la Ley de 9 de abril de 1842 sobre indemnización de los daños materiales sufridos por los fieles a la causa isabelina durante la Guerra Carlista. Dio lugar a una copiosa jurisprudencia, referenciada y extractada en GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *Diccionario general de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Tip. de los Huérfanos, Madrid, pp. 394-398.

³⁴ La Ley de 2 de abril de 1845, al regular lo contencioso-administrativo, previó el “resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas”, atribuyendo esta cuestión a lo contencioso-administrativo. Ese mismo año se aprobaron la Real Orden de 19 de septiembre, sobre indemnización de daños derivados de ocupaciones temporales para obras públicas y la Instrucción de obras públicas de 10 de octubre. La Ley de obras públicas de 13 de abril de 1877 acabará atribuyendo el conocimiento de estas reclamaciones indemnizatorias a los tribunales ordinarios (art. 121).

³⁵ Por ejemplo, Real Decreto Sentencia de 27 de junio de 1863 (Gaceta de Madrid núm. 204 de 23 de julio de 1863).

³⁶ Ley de 3 de agosto de 1866 sobre el dominio y aprovechamiento de las aguas (arts. 9, 96).

³⁷ Real Decreto Sentencia de 9 de marzo de 1861 (Gaceta de Madrid núm. 80 de 21 de marzo de 1861).

³⁸ COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, t. II, *ob. cit.*, p. 224.

cas). Y, por descontado, se reconocía con toda naturalidad la responsabilidad directa del Estado por incumplimiento contractual culpable o morosidad. Un ejemplo entre muchos: el Real Decreto Sentencia de 24 de mayo de 1860 reconoció el derecho a la indemnización de las utilidades que un contratista dejó de percibir con motivo de la rescisión del contrato de correos marítimos acordada por la Administración sin el aviso anticipado de un año estipulado en el clausulado (*Gaceta de Madrid* núm. 153 de 1 de junio de 1860)³⁹.

B) *Daños derivados de ilícito extracontractual*

En cuanto al daño extracontractual causado por dolo o culpa, los administrativistas consideraban que la responsabilidad exigible era la personal de la autoridad o funcionario. Más precisamente, cuando hablaban de “responsabilidad del poder administrativo” hacían referencia, de un lado, a la responsabilidad legal del ministro, cuya exigencia correspondía a la cámara alta, convertida en tribunal de justicia; y a la responsabilidad de todos los funcionarios públicos delegados del Gobierno, que se ventilaba ante la jurisdicción ordinaria⁴⁰. Los más apasionados defensores de las ideas liberales y del principio de responsabilidad promovían una regulación que hiciera efectiva la primera (lo que nunca lograron)⁴¹ y la eliminación de la autorización administrativa previa para exigir la segunda (lo que consiguieron en 1869, un año antes que en Francia)⁴².

La preocupación de los más garantistas ni mucho menos era construir una nueva responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos de los ministros y funcionarios. No la concebían siquiera y, por eso mismo, ni se les ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico.

³⁹ Más ejemplos, en DELGADO MARTÍN, E. (1883): *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos*, tip. de M. Ginés Hernández, Madrid, pp. 75-92.

⁴⁰ COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, t. I, *ob. cit.*, p. 76. Todos los estudiosos de la Administración que hablaban de responsabilidad administrativa se referían a la personal de las autoridades y funcionarios. Por ejemplo, Joaquín Francisco PACHECO (1840), Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA (1842), Alejandro OLIVÁN, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y José POSADA HERRERA (1843), José María MORILLA (1847) o Julián PELÁEZ DEL POZO (1849). Lo examina con todo detalle, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2007): *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*, UCM, Madrid, pp. 289-325.

⁴¹ P. ej., CÁRDENAS ESPEJO, F. (1843): “De la responsabilidad de los ministros”, *Revista de Madrid*, t. I, pp. 438-441. La responsabilidad exigible a los ministros era la penal, sin perjuicio de que la sentencia de la cámara alta (Estamento de Procuradores, luego Senado) podría pronunciarse sobre las consecuencias civiles de los ilícitos. Sobre el tema, de imprescindible lectura: NIETO GARCÍA, A. (2022): *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Iustel, Madrid.

⁴² Dan cuenta elocuentemente de esta posición, mostrándose proclives al mantenimiento de la autorización hasta que “los poderes públicos funcionen con la debida regularidad, conteniéndose cada uno en los verdaderos límites de su respectiva esfera de acción”, ALCÁNTARA PÉREZ, A. y MORALES SERRANO, J. (1866): *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, t. I., Imprenta de J. E. Morete, pp. 7-29.

Lo que sí concebían y querían desarrollar era el viejo régimen de responsabilidad personal, que habían confirmado las Cortes de Cádiz y que seguía en acto en Inglaterra, adoptada como modelo de referencia. El profesor Gumersindo de AZCÁRATE fue, posiblemente, el más elocuente en la crítica a la “responsabilidad ilusoria de los ministros” y la “irresponsabilidad efectiva de los funcionarios”, así como en la exaltación de la responsabilidad personal de los ministros y funcionarios como “fundamento verdadero de la libertad inglesa, y el gran principio jurídico que distingue al derecho de Inglaterra de las naciones continentales”⁴³:

“Para desembarazarse del *poder judicial*, se han tomado del antiguo régimen, desenvolviéndolas y desarrollándolas, dos instituciones que no conocen los pueblos libres: la jurisdicción *contencioso-administrativa* y la autorización previa para procesar a los funcionarios ... En estos pueblos [Inglaterra y los Estados Unidos], por el contrario, rige en absoluto el principio de *responsabilidad*, exigible, no ya solo al ministro ante un tribunal especial y político y mediante un procedimiento *ad hoc*, sino a todos los funcionarios, sin excepción alguna, cada uno de los cuales responde de su obra y de sus actos. Un escritor inglés [George FINLAY], al hallar el principio opuesto en la legislación de Justiniano, escribe ‘... Donde existe la verdadera libertad, todos los agentes de la administración, desde el gendarme hasta el ministro de Hacienda, tienen el deber de responder personalmente, al ciudadano á quien afecta un acto, de la legalidad de cuanto llevan á cabo. Este es el fundamento verdadero de la libertad inglesa, y el gran principio jurídico que distingue al derecho de Inglaterra de las naciones continentales y del de Roma del que el último se deriva’⁴⁴.

Se trata, por cierto, de una observación y una valoración comparativa muy similares a las realizadas antes por el gran pensador liberal francés Alexis de TOCQUEVILLE⁴⁵, quien también desconocía absolutamente la posibilidad misma de una responsabilidad estatal directa por ilícito funcional. El célebre catedrático de Oxford Albert Venn DICEY defenderá las mismas ideas tiempo después:

“En Inglaterra, la idea de igualdad legal o de la universal sujeción de todos a un mismo Derecho administrado por Tribunales ordinarios ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Entre nosotros, cada funcionario, desde el primer ministro hasta el alguacil o el recaudador de contribuciones, tiene la misma responsabilidad por todo acto realizado sin justificación legal como cualquier otro ciudadano ... [En cambio] la ... más despótica característica del *droit administratif* reside en su tendencia a proteger de la supervisión o el control de los tribunales ordinarios a todo funcionario del Estado culpable de un acto, por ilegal que sea” (Traducción propia)⁴⁶.

De modo que durante las primeras décadas del siglo XIX no existía tampoco en España, desde luego, una responsabilidad patrimonial directa del Estado por los ilícitos de sus funcionarios, pero hay que dejar de interpretar esta ausencia como efecto de un dogma absolutista heredado del pasado. Lo que había era la natural prolongación de los dispositivos propios de un mundo sin Administración: la indemnización con cargo al erario de daños sacrificiales y contractuales y la responsabilidad personal

⁴³ AZCÁRATE, G. (1877): *El Self-government y la monarquía doctrinaria*, Librerías de A. de San Martín, Madrid, pp. 206-209.

⁴⁴ AZCÁRATE, G. (1877): *ob. cit.*, pp. 206-209.

⁴⁵ TOCQUEVILLE, A. (2023 [1835/1840]): *La democracia en América*, Trotta, Madrid, pp. 296-300.

⁴⁶ DICEY, A. V. (1982 [1915]): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpresión de la 8ª ed., coord. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, pp. 149, 214-215.

de los oficiales del rey por sus abusos y negligencias. Mecanismos que, como ha señalado NIETO, dispensaban “una protección adecuada a la época, dado el bajo nivel de intervencionismo público y la reducida escala económica y técnica de los servicios”, hasta el punto de que, según él, puede constatarse estadísticamente que “no debieron ser muchos presumiblemente los daños no cubiertos por la garantía”⁴⁷.

Así las cosas, no habiendo propiamente ni irresponsabilidad ni Administración, no puede decirse que rigiese un principio de irresponsabilidad de la Administración como rastro del absolutismo monárquico impreso en el Derecho administrativo. No solo: el nuevo Derecho público del llamado Estado liberal será el que, para dificultar la efectividad de la responsabilidad de los funcionarios, invente el mecanismo de la autorización administrativa discrecional para procesar, que provocó la ruptura con la tradición jurisdiccional del Antiguo Régimen y, por eso mismo, con lógicas subsistentes en el Derecho público angloamericano⁴⁸. La historiografía reciente ha puesto de relieve cómo ni las vísperas constitucionales en el Continente ni las experiencias constitucionales anglosajonas ponían en cuestión el derecho natural del vasallo a exigir ante el juez natural la responsabilidad personal de los oficiales del rey. Por eso el invento napoleónico de la autorización previa supondrá un cambio trascendental⁴⁹.

Por lo que después se dirá, interesa destacar que aquellos autores liberales, al construir su oposición a la autorización administrativa para procesar, se esforzaron en conectarla con el Antiguo Régimen, como si la tendencia a la irresponsabilidad personal fuera, en realidad, un elemento constitutivo de las monarquías absolutas de la Europa continental. De hecho, tal conexión se hallaba en el texto antes entrecuadrado de AZCÁRATE y había aparecido ya en la segunda gran obra de TOCQUEVILLE:

“Entre las nueve o diez constituciones que han sido promulgadas a perpetuidad en los últimos sesenta años, hay una en que se dice expresamente que ningún agente de la administración podrá ser perseguido por los tribunales ordinarios, sin que previamente haya sido autorizado el procesamiento. Tan excelente pareció este artículo que al destruirse la constitución de que formaba parte, se tuvo buen cuidado de sacarlo de entre sus ruinas, y ponerlo después cuidadosamente al abrigo de las revoluciones. Los agentes de la administración tienen aún costumbre de llamar al privilegio que este artículo les concede ‘una de las grandes conquistas del 89’. Pero en esto también se equivocan, ya que bajo la antigua monarquía el gobierno no ponía menor cuidado que en nuestros días en evitar a los funcionarios el bochorno de tener que comparecer ante la justicia como simples ciudadanos. La única diferencia esencial entre las dos épocas es esta: antes de la Revolución, el gobierno no podía defender a sus agentes más que recurriendo a medidas ilegales y arbitrarias, mientras que después ha podido legalmente dejarles violar las leyes”⁵⁰.

Se enfatizaban así algunas prácticas del Antiguo Régimen, como si la autorización administrativa previa fuese una institución arcaica de suyo incompatible con los postulados de un Gobierno representativo. Esta representación histórica era inexacta,

⁴⁷ NIETO GARCÍA, A. (1986): *ob. cit.*, pp. 177-179.

⁴⁸ LORENTE SARIÑENA, M. (2007): “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Universidad de Valencia, Valencia, t. 2, p. 124.

⁴⁹ LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 124-127.

⁵⁰ TOCQUEVILLE, A. (2004 [1856]): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza, Madrid, p. 88.

pero contribuía a legitimar la defensa de la responsabilidad personal de los oficiales y la crítica a una institución que, en realidad, era de factura reciente.

C) *La Ley de administración y contabilidad de 1850*

Pudiera pensarse que la Ley de administración y contabilidad de 20 de febrero de 1850 generalizó de alguna manera la responsabilidad civil directa del Estado, haciéndola extensible a los ilícitos extracontractuales. A fin de establecer un plazo de prescripción y una vía administrativa previa, vino a admitir la posibilidad de hacer “reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios, o á título de equidad” (art. 17), lo que, de acuerdo con el Consejo de Estado, era una “regla general ... que comprende manifiestamente todos los daños cuya indemnización no esté prevista y regularizada por leyes ó disposiciones” (Real Decreto Sentencia de 3 de septiembre de 1863, Gaceta del 11 de octubre siguiente).

Sin embargo, el propósito de la norma era más bien poner trabas a la exigencia de derechos de crédito frente al Estado. La Ley de administración y contabilidad formaba parte de la batería de reformas promovida por BRAVO MURILLO como ministro de hacienda para reducir el gasto público, así como ordenar, sanear y equilibrar las cuentas, cuestiones que venían siendo un problema capital desde tiempos de Fernando VII. De manera que, con toda probabilidad, los supuestos que tenía en mente el legislador al regular la mencionada reclamación eran aquellos en los que desde antaño venía reconociéndose deudas resarcitorias contra la hacienda pública: reparación de sacrificios, normalmente habilitados legislativamente (indemnizaciones “á título de equidad”) y responsabilidad por incumplimiento o rescisión de contratos por parte de la Administración (indemnizaciones “á título de daños y perjuicios”).

No parece, en suma, que esta Ley pretendiera superar el modelo tradicional de responsabilidad *personal* del funcionario por los daños causados por él dolosa o culpablemente. De hecho, la resolución del Consejo de Estado antes citada se refería a uno de aquellos supuestos (reclamación de indemnización por ocupación de ganados por tropas nacionales durante la Primera Guerra Carlista) y, si insistía en que el precepto encierra una regla general, era para declarar en el caso que el derecho a la indemnización estaba prescrito.

3. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO COMO NUEVO PARADIGMA

3.1. Razones del cambio

Durante el último tercio del siglo XIX, el desarrollo de la Administración y de las comunicaciones (telégrafo, carreteras, ferrocarril) hizo posible al fin el pleno control estatal del territorio y el incremento sustancial de la actividad administrativa. El

Estado se hizo presente ya en régimen de gestión directa, involucrándose en las más variadas tareas y poniendo fin al aislamiento disfrutado por las oligarquías locales casi sin interrupción desde la Edad Media.

Se multiplican exponencialmente por eso los daños causados por la Administración y, entre ellos, aquellos en los que no puede identificarse fácilmente al funcionario responsable o en los que el mal funcionamiento del servicio no puede individualizarse en personas concretas (culpa *anónima* o *institucional*). El despliegue de una actividad administrativa intensiva era lógicamente incompatible con la exigencia sistemática de responsabilidades personales, incluso ante culpas funcionariales perfectamente localizables: los funcionarios adoptan comportamientos de defensa o autoprotección que torpedean el cabal desarrollo de la actividad administrativa, cuando están sujetos a un régimen de responsabilidad personal y, a diferencia de la Administración, suelen carecer de los recursos patrimoniales necesarios para reparar daños de gran magnitud⁵¹.

La autorización administrativa previa, rehabilitada en la Constitución de 1876 (art. 77), no llegará ya a desarrollarse legalmente. Sin embargo, sus efectos se prologaron más allá, no solo porque durante un tiempo los jueces siguieron solicitándola, olvidando que en 1869 había sido suprimida, sino sobre todo porque generó dinámicas que quedaron enquistadas en las instituciones y en las mentalidades de los gestores del poder⁵². Si durante siglos la responsabilidad personal de los oficiales de la corona había sido consubstancial al cargo, la inmunidad judicial virtual de las autoridades y funcionarios del Gobierno representativo pasó a verse con naturalidad por efecto de la autorización administrativa previa. No pueden ser más elocuentes las palabras de Joaquín ESCRICHE⁵³, escritas poco después de que la circular de 11 de junio de 1870 recordara a los jueces y administradores que la Constitución de 1869 había derogado la autorización previa:

“De este modo, el alcalde atropellaba á un ciudadano; el gobernador denegaba la autorización para procesarle, y asumía la responsabilidad del alcalde; el ministro la negaba igualmente, y asumía á su vez la responsabilidad de este funcionario; la mayoría de las Cortes aprobaba en globo la conducta del ministro, y el ciudadano quedaba impunemente atropellado”.

Más aún, la autorización administrativa previa para procesar había contribuido a afianzar el fenómeno de la subjetivación de la Administración, por cuanto que a esta acababan imputándose los actos de sus funcionarios cuando no se daba el permiso para procesarlos, lo que suponía ya un distanciamiento radical respecto de las prácti-

⁵¹ Al respecto, ampliamente: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1114-1115; DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009): ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 135-159.

⁵² LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 124-127.

⁵³ ESCRICHE, J. (1874): voz “Autorización para procesar”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, con la participación de J. M.^a Biec, J. Vicente y Caravantes y L. Galindo y de Vera, nueva ed. reformada y aumentada, t. I, Imp. Eduardo Cuesta, p. 923.

cas del Antiguo Régimen⁵⁴. En parte por esto triunfaron, precisamente a finales del siglo XIX, las doctrinas que formalizaban la Administración como entidad abstracta diferenciable de las personas físicas que trabajan para ella a fin de imputar a la primera los actos de las segundas (doctrinas del mandato o representación y del órgano)⁵⁵.

Todo ello despertará la necesidad (y facilitará la generación) de una solución nueva: la responsabilidad directa del Estado en todos los casos, también por ilícito de sus autoridades y empleados. Los viejos esquemas, idóneos para un mundo sin (o con muy poca) Administración, no valían dentro del nuevo contexto, donde los funcionarios estaban virtualmente inmunizados, la Administración se hallaba ya plenamente subjetivada y su actividad era tan extensa, que se mostraba de suyo incompatible con la vieja responsabilidad personal. Con razón se ha dicho que “la responsabilidad del Poder público es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas”⁵⁶.

La evolución hacia la responsabilidad patrimonial del Estado, común, con más o menos altibajos y resistencias, a todo Occidente, se ha producido más rápidamente en la Europa continental que en el espacio angloamericano, donde una responsabilidad directa del gobierno central (o estatal) ha empezado a plantearse solo a partir de los años cuarenta del siglo XX y con excepciones (*Federal Torts Claims Act* de 1946 y *Crown Proceeding Act* de 1947). No me interesa examinar aquí los detalles de esta dispar evolución, pero sí subrayar dos factores explicativos que sirven para apuntalar conclusiones de esta investigación.

Uno de los factores es la persistencia en el mundo anglosajón de la vieja responsabilidad personal de los oficiales, que, a diferencia de lo ocurrido en el Continente europeo, nunca fue cortocircuitada por la exigencia de una autorización administrativa

⁵⁴ La idea ha sido ampliamente explicada por varios historiadores del Derecho, que consideran que la autorización administrativa previa fue una pieza básica de la estructura institucional y cultural hasta el punto de que habría contribuido incluso a objetivar el concepto de acto administrativo como sustrato de la justicia contencioso-administrativa. Estos autores denuncian con razón que los administrativistas la hemos minusvalorado: GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): *ob. cit.*, pp. 215-272; LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 117-127; MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2009): “De la pluralidad de fueros al fuero de la Administración (1834-1845)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 250-253, y (2022): “*Gubernativas e insuplicables*”. *Competencias de jurisdicción entre Monarquía Judicial y Estado administrativo (1768-1848)*, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 295-304; SOLLA SASTRE, M.^a J. (2011): *ob. cit.*, pp. 268-335.

⁵⁵ SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1885): *Curso de Derecho administrativo*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, pp. 61-63; CUESTA MARTÍN, S. (1894): *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1.º, Librería de Manuel Hernández, v., Salamanca, pp. 65-74; POSADA, A. (1897): *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, pp. 319-324; GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *op. cit.*, pp. 177-199, 306-314; JORDANA DE POZAS, L. (1924): *Derecho administrativo*, IEAL, Madrid, pp. 43-52. En general, sobre el éxito fulgurante y la rápida expansión en toda Europa de la teoría del órgano formulada por vez primera en 1883 por el jurista germano Otto von GIERKE: SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984): “La teoría del órgano en el Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, pp. 44-50.

⁵⁶ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, p. 615.

para procesar. Otro, la inicial ausencia en aquel entorno de un intervencionismo estatal comparable al que estaba produciéndose al otro lado del Canal de la Mancha, que hacía inconcebible o, cuando menos, innecesaria, una responsabilidad estatal. Giorgio GIORGI, privatista y consejero de Estado, lo constató lúcidamente en 1882 al defender para Italia la responsabilidad estatal que faltaba en el ámbito angloamericano:

“En cuanto al ejemplo de Inglaterra y de la América septentrional, no hace ciertamente á nuestro caso. El *self government*, que por afortunadas necesidades históricas, por espíritu político y por tradiciones populares está vigente en aquellos países, ha circunscrito la acción del Estado sólo á las funciones verdaderamente de gobierno, y ha reducido á muy pocos el número de funcionarios públicos, todos provistos de rico sueldo y de pingües estipendios. Razones por las que la responsabilidad del Estado es en aquellos países jurídicamente inconcebible, ó al menos no tiene importancia práctica. Todo lo contrario de lo que ocurre entre nosotros”⁵⁷.

Esta diferente evolución y los factores que contribuyen a explicarla evidencian cómo el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado no se concebía siquiera en el Antiguo Régimen ni en aquellos países que tardaron en romper con él, lo que en cierto modo ocurrió también en España durante las primeras décadas del siglo XIX, según se ha visto. Evidencian, en particular, que tal problema es reciente y está estrechamente vinculado a la construcción del Estado administrativo, una de cuyas piezas fue la autorización administrativa para procesar al funcionario. Evidencian, en fin, que la evolución desde la monarquía jurisdiccional del Antiguo Régimen hasta el Estado administrativo amplio ha conllevado inexorablemente en todas partes, antes o después, el tránsito desde la responsabilidad personal por ilícito de los oficiales de la corona hasta la responsabilidad directa de la Administración.

3.2. Primeros autores

En todo el Continente europeo, coincidiendo con el desarrollo o culminación del proyecto de construcción de Estados fuertes hegemonizados por la Administración, se observa entre los autores más “garantistas” o “liberales” una evolución desde la defensa de la responsabilidad personal del funcionario (con reivindicación de que sea eliminada la autorización administrativa previa para procesarlo)⁵⁸ hacia la defensa de la responsabilidad directa del Estado⁵⁹.

⁵⁷ GIORGI, G. (1882): *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni: quasi contratti, fatti illeciti, legge*, ed. Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, p. 457. Cito textualmente por la traducción de 1911: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno expuesta conforme á la doctrina y á la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, vol. V, *Fuentes de las obligaciones: Cuasicontratos; Hechos ilícitos; Leyes*, Reus, Madrid, 1911, pp. 484-485.

⁵⁸ P. ej., BONASI, A. (1874): *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna; BERNARD, P. (1878): *De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du Décret du 19 septembre 1870*, A Cotillon et C., Paris.

⁵⁹ P. ej., ZACHARIÄ, K. E. (1863): “Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, núm. 19, pp. 582-652; GIORGI, G. (1882): *ob. cit.*, pp. 454-500; CHIRONI, G. P. (1886-1887): *La colpa nel diritto civile odierno*. Fratelli Bocca Editori, Torino, t. I (pp. 470-552) y t. II (pp. 354-372);

Fue también el caso de España. A partir de fines del siglo XIX, los autores empiezan a teorizar la responsabilidad directa del Estado. Lo hicieron Salvador CUESTA⁶⁰, Adolfo POSADA⁶¹, José María MANRESA NAVARRO⁶², Faustino RODRÍGUEZ SAN PEDRO⁶³ o Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO⁶⁴. Cabe traer la opinión de CUESTA, el primero en abordar y defender la responsabilidad civil estatal directa en un tratado de Derecho administrativo:

“Sobre esta responsabilidad de las entidades sociales por los actos de sus representantes ó encargados no se hallan de acuerdo los autores. Entienden algunos que ni el Estado ni sus organismos se hallan sujetos á responsabilidad por los actos de sus funcionarios, porque, no pudiendo actuar por sí mismos, les es necesario valerse de aquellos, y nadie es responsable por hechos que no son libres, que la necesidad impone; y además, porque cuando las entidades sociales han puesto de su parte, al nombrar á los funcionarios, toda la diligencia posible para cerciorarse de las condiciones de aptitud y probidad de los nombrados, no es justo sujetarlas á responsabilidad, puesto que ellas no producen directamente los actos perjudiciales y han llenado todos los requisitos que la ley y la prudencia exigen para hacer la designación. Sin embargo, todas las personas morales, sociedades privadas, fundaciones, etc., necesitan valerse, para actuar, de personas físicas que las representen, y nadie pone en tela de juicio que estén sujetas á las consecuencias de los actos realizados por estas en su representación; y en cuanto al argumento de la diligencia puesta en la elección de los funcionarios, carece de importancia puesto que, si estos son representantes ó mandatarios de la sociedad política, por la naturaleza misma de la representación y del mandato los actos de los mandatarios son y han de estimarse como propios del mandante ó representado en cuyo nombre se ejecutan. Por otra parte, así como los beneficios que la sociedad reporta de los actos de los funcionarios, por ejemplo, las adquisiciones que hace por su medio, se los atribuye justamente sin que nadie discuta su derecho al hacerlo, por razón análoga, cuando los actos ejecutados en su nombre y representación perjudiquen á un tercero, deberá ser por ellos responsable, sin perjuicio de que ella á su vez tenga derecho para exigir á sus funcionarios la responsabilidad civil ó penal que procediere por su negligencia ó malicia.”

Desde entonces, todos los tratados de Derecho administrativo se ocuparán de la responsabilidad estatal, empezando por los de Adolfo POSADA (1897)⁶⁵ y Antonio ROYO VILLANOVA (1907)⁶⁶, que le dedican alguna línea, y siguiendo con los de José Nemesio GÜENECHEA (1915)⁶⁷ y José GASCÓN y MARÍN de

MEUCCI, L. (1909): *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6.ª ed., ed. Fratelli Bocca, Torino, pp. 246-320; DUGUIT, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 139-146.

⁶⁰ CUESTA MARTÍN, S. (1894): *ob. cit.*, pp. 91-97.

⁶¹ POSADA, A. (1909): “La Nueva Orientación del Derecho Político”, estudio incluido en *La transformación del Estado*, L. Duguit, traducción del propio A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 304-310.

⁶² MANRESA NAVARRO, J. M.ª (1907): *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, pp. 609-610.

⁶³ RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): “Concepto de la responsabilidad jurídica y su determinación legal en los casos de daños y perjuicios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 119, p. 435.

⁶⁴ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1920): *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid, pp. 37-38.

⁶⁵ POSADA, A. (1897): *ob. cit.*, pp. 268-269, 348.

⁶⁶ ROYO VILLANOVA, A. (1907): *Elementos de Derecho administrativo*, t. 1, Imprenta Castellana, Valladolid, p. 74.

⁶⁷ GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao, pp. 223-247. Este tratado será el único que se oponga a la responsabilidad estatal directa, tal

1917)⁶⁸, que la tratan ya *in extenso*⁶⁹. A lo que se añadió la difusión de múltiples trabajos foráneos favorables a esta responsabilidad, alguno iberoamericano⁷⁰, la mayor parte traducciones de autores italianos o franceses⁷¹.

A los efectos de esta investigación, es importante notar que justamente en esta época, entre finales del siglo XIX y principios de la centuria siguiente, cuando el crecimiento exponencial del Estado está obligando a transformar el viejo sistema de responsabilidad personal, una mirada nueva y displicente hacia el pasado arroja por vez primera un inaceptable privilegio multiseccular de irresponsabilidad estatal. El tópicus de la inmunidad patrimonial del Estado como expresión tardía del *princeps legibus solutus* aflorará así en esta literatura con el objetivo de legitimar la instauración de un régimen de responsabilidad directa de la Administración. Así aparecerá en trabajos franceses (p. ej., DUGUIT⁷²), italianos (p. ej., MEUCCI⁷³) o españoles. El primero en utilizarlo entre nosotros fue Adolfo POSADA:

“Hay todavía muchas partes, manifestaciones de la crisis del antiguo régimen, o sea de la crisis del absolutismo cesarista y de la concepción patrimonial del Poder público. Los mismos Estados

como explicaré más adelante.

⁶⁸ GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *ob. cit.*, pp. 554-567. Tras este tratado, verán la luz bastantes más, y todos ellos abordarán ampliamente el tema. Más adelante me referiré a los de Luis JORDANA DE POZAS (1924), Carlos GARCÍA OVIEDO (1927), Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO (1931), José María FÁBREGAS DEL PILAR (1934) y Antonio ROYO VILLANOVA (1940).

⁶⁹ En otro lugar, me he referido al porqué de la ausencia de la cuestión de la responsabilidad civil de la Administración en la generalidad de los tratados de Derecho administrativo aparecidos a lo largo del siglo XIX: MEDINA ALCOZ, L. (2022), *ob. cit.*, p. 235. Señalé allí que tal ausencia no expresaba un desinterés doctrinal por una parcela del Derecho administrativo, sino más bien que toda la responsabilidad civil concernía al Derecho civil. Pienso ahora que la explicación puede valer, pero solo en parte y únicamente para los tratados publicados a finales del siglo XIX que no abordaban, o solo mencionaban, la cuestión. La razón esencial, desde luego válida para todos los estudios administrativos publicados hasta al menos los años setenta del siglo XIX, era la imposibilidad misma de concebir una responsabilidad civil por culpa distinta de la personal del funcionario que obró ilícitamente.

⁷⁰ ECHEVARRÍA, L. (1892): *Responsabilidad civil: comentario a los artículos 1285 1293 del Código Civil*, tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Establecimiento tip.-Litográfico Oriental, Montevideo. La obra estudia ampliamente, y defiende, la responsabilidad civil del Estado (pp. 201-229), así como la resultante de accidentes ferroviarios (pp. 231-261), citando civilistas italianos (CHIRONI, GIORGI) y un administrativista español (SANTAMARÍA DE PAREDES). En 1929, con ocasión de la Exposición del Libro Uruguayo celebrada en Madrid y Barcelona, la Biblioteca Nacional de Montevideo donó un ejemplar de esta obra a la Nacional de España.

⁷¹ El profesor POSADA tradujo el libro antes citado de DUGUIT, L. (1909), que aborda la cuestión de la responsabilidad del Estado (pp. 139-155), así como el tomo I de la obra de un civilista italiano, ya mencionado, que también trata el tema ampliamente: CHIRONI, G. P. (1898): *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. I, traducción de la 2ª edición italiana de 1886, Reus, Madrid, pp. 532-608. Jesús BERNALDO DE QUIRÓS tradujo el tomo II, publicado en 1904 (hubo segunda edición de ambos tomos también en Reus de 1928). Por su parte, el equipo de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia tradujo otra importante obra que ofrecía una amplia reflexión a favor de la responsabilidad de la Administración. Se trata de un libro antes citado: GIORGI, G. (1911): *ob. cit.*, pp. 481-523.

⁷² DUGUIT, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 139-146.

⁷³ MEUCCI, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 277-278.

constitucionales representativos y democráticos, mantienen muy viva la tradición mayestática, el principio de la autoridad personal, la superioridad del gobierno, etc., etc. ... En mi sentir, ... para definir todos estos actos, según el criterio de la responsabilidad del Estado ... [b]asta admitir que el Estado se exterioriza en sus miembros, obra mediante sus funcionarios, con la indicación antecedente de que no hay una superioridad fundamental —metafísica— del Estado sobre el interés privado ... La regla podría ser esta: *el Estado obra por su representante cuando, en efecto, este se constituye en órgano de su interés, o sea cuando la actividad del representante corresponde a la abstracción de la finalidad del Estado; en otro caso, el acto del representante es de su propia individualidad exclusivamente: es un acto suyo, porque entonces no es verdadero representante.* Y esta misma teoría basta para transformar la doctrina tradicional de la irresponsabilidad del Estado como autoridad, con sus funciones soberanas de mando”⁷⁴.

Si antes autores como TOCQUEVILLE o AZCÁRATE habían defendido la responsabilidad personal de los funcionarios identificando el innovador mecanismo que la dificultaba (autorización administrativa previa para procesar) con prácticas arbitrarias del Antiguo Régimen, ahora autores como DUGUIT o POSADA promueven la responsabilidad directa del Estado asociando también las dificultades para hacerla realidad con el absolutismo monárquico. Unos y otros elaboraron una representación del pasado a fin de justificar la garantía que consideraban conveniente en el momento en el que escribían.

3.3. Primeras leyes y sentencias

El legislador decimonónico llegó a establecer claramente la responsabilidad directa del Estado frente a los particulares en supuestos que iban más allá de los daños sacrificiales y contractuales: legislación sobre ferrocarril, correos y justicia contencioso-administrativa. La primera abordaba sin duda uno de los pilares del proyecto de construcción estatal para, en lo que aquí importa, someter a toda entidad pública o privada encargada de la explotación del ferrocarril a un régimen de responsabilidad directa frente a los particulares, sin perjuicio de la “responsabilidad individual” de los empleados⁷⁵. La segunda regulaba la responsabilidad por defectuoso funcionamiento del servicio (deterioros o extravíos de objetos producidos sin fuerza mayor)⁷⁶. Y la Ley de 13 de septiembre de 1888 sobre lo contencioso-administrativo previó

⁷⁴ POSADA, A. (1909): *ob. cit.*, pp. 306-308. La cursiva está en el original.

⁷⁵ El artículo 14 de la Ley de policía de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, desarrollando una previsión ya incluida en su predecesora de 14 de noviembre de 1855, dispuso literalmente: “Los concesionarios ó arrendatarios de los ferro-carriles responderán al Estado y á los particulares de los daños y perjuicios causados por los Administradores, Directores y demás empleados en el servicio de explotación del camino y del telégrafo. *Si el ferro-carril se explota por cuenta del Estado, estará sujeto á la misma responsabilidad respecto de los particulares.* Lo dispuesto en este artículo se entiende *sin perjuicio de la responsabilidad individual en que los Directores, Administradores, Ingenieros ó empleados de cualquier otra clase puedan haber incurrido*, y de las facultades discrecionales que en caso de huelgas, subversión del orden y conspiraciones corresponden al Gobierno”. Énfasis añadido.

⁷⁶ Artículos 88-89 y 123-124 del Reglamento de 7 de junio de 1898. Una regulación similar podía leerse en los artículos 137 a 160 del Reglamento de 8 de septiembre de 1878 para la ejecución de la Ley de policía de ferro-carriles de 23 de noviembre de 1877.

indemnizaciones, no solo por aplazamiento o inejecución de sentencias (art. 84), cuyo fundamento era el sacrificio especial, sino también por demora en la entrega del expediente administrativo (art. 38), que es ya un caso de responsabilidad por culpa o mal funcionamiento de la Administración.

A su vez, empezaron a normalizarse las resoluciones administrativas y judiciales que declaraban efectivamente la responsabilidad directa del Estado en supuestos de culpa funcional o mal funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, en relación con las pérdidas causadas por el derribo como ruinosas de fincas en buen estado de conservación (SSTS, Sala 1.ª, de 15 de junio y 2 de octubre de 1877) o la revocación de licencias de obras otorgadas ilegalmente con falta municipal (Real Orden de 15 de julio de 1878)⁷⁷.

En este nuevo contexto, el artículo 17 de la Ley de contabilidad y administración de 1850, reiterado en las leyes sucesivas de 1870 (art. 18) y 1911 (art. 24), podía interpretarse como el reconocimiento legal de un principio de responsabilidad del Estado. Daba pie a ello alguna decisión del Consejo de Estado, que leía el precepto en positivo: “el art. 17 de la ley de Contabilidad ya mencionada, al autorizar las reclamaciones á título de daños y perjuicios, y aun por equidad, supone la posibilidad y hasta la obligación de indemnizarlos, pues no se concibe de otro modo aquella autorización, ni la pena de caducidad en dicho artículo impuesta á tales reclamaciones”⁷⁸. Y, de hecho, en el año 1889 José GÓMEZ ACEBO y Ricardo DÍAZ MERRY, al compilar y extractar la jurisprudencia administrativa más relevante, destacaban esta declaración, dando por sentado que se refería a cualesquiera “reclamaciones contra el Estado á título de daños y perjuicios”⁷⁹.

El Código Civil, aprobado ese mismo año, tras establecer la cláusula general de responsabilidad por hecho propio (art. 1902), basada en la culpa o negligencia, afirmaba expresamente la responsabilidad del Estado por hecho ajeno en el caso de que el daño resultara de la acción de un “agente especial” (art. 1903.5). Reputados autores interpretaban sistemáticamente estos preceptos en el sentido de que el Estado responde en todo caso, a título de hecho propio, si el daño lo causa un común funcionario (art. 1902 CC), o por hecho ajeno, si quien interviene es un “agente especial” (art. 1903.5 CC)⁸⁰. Tal fue también la interpretación inicial del Tribunal Supremo,

⁷⁷ Al respecto, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte II, núm. 62, pp. 86-87.

⁷⁸ Así, el Real Decreto Sentencia de 30 de junio de 1868, que, no obstante, sigue situándose en el ámbito de la responsabilidad contractual; declaró el derecho de una sociedad contratista de fusiles del ejército a que el Estado le abonase, en concepto de daños y perjuicios por demora en el pago, el interés anual de 6 por 100 sobre el precio de la prestación desde que fue entregada por la empresa hasta que fue efectivamente abonada por la Administración (Gaceta de 13 de agosto de 1868).

⁷⁹ GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *ob. cit.*, pp. 803-804.

⁸⁰ MANRESA NAVARRO, J. M.^a (1907): *ob. cit.*, pp. 609-610; RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): *ob. cit.*, p. 435; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, pp. 433-451; FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *Derecho administrativo*, Reus, Madrid, pp. 174-183.

que invocará el nuevo texto para obligar resarcitoriamente a la Administración “en concepto de responsable directo de los daños causados” bajo la consideración de que “el principio de que quien causa un daño debe repararlo” es un “principio jurídico fundamental” y de que “no existe precepto legal alguno en que se pueda fundar la indemnidad absoluta de la entidad que ha producido el daño” y de que “en el uso de [sus] facultades cabe culpa o negligencia” (STS de 17 de diciembre de 1902). Hubo más decisiones en el mismo sentido, con aplicación expresa del artículo 1902 CC⁸¹.

Es una evolución compartida con otros países de la Europa continental. Baste para ilustrarlo una referencia breve al conocido caso francés. Tras la eliminación de la autorización administrativa previa para procesar a los funcionarios en 1870, el Tribunal de Conflictos seguirá dificultando la exigencia de la responsabilidad personal en la jurisdicción ordinaria (*arrêt Pelletier* de 1873) y acabará afirmando la responsabilidad directa del Estado como garantía regida por “reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados” cuya aplicación corresponde al orden contencioso-administrativo (*arrêt Blanco* de 1873)⁸².

4. LA INMUNIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PRODUCTO GENUINO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINAS Y MECANISMOS

4.1. Tradicionalistas y conservadores contra el nuevo paradigma

La responsabilidad directa del Estado surgió como nuevo paradigma, pero contó con la oposición de algunos, logrando imponerse solo después de un tiempo y tras superar numerosas dificultades. Dos fueron, en sustancia, las tendencias refractarias. La primera fue tradicionalista, ideología partidaria del retorno al Antiguo Régimen, contraria al Estado amplio de los moderados. Contó con relevantes figuras dentro del Derecho administrativo español, que se mostraron muy críticos con el extenso intervencionismo estatal⁸³. Tal intervencionismo demandaba un nuevo modelo de responsabilidad, por lo que no puede extrañar que la más brillante oposición al mis-

⁸¹ El ATS de 4 de enero de 1899 declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el Estado contra un fallo que le condenó a indemnizar los daños causados a una finca por la rotura de una cañería propiedad de Canal de Isabel II; y la Sentencia de 6 de julio de 1917 ordenó indemnizar a quien clausuró su clínica por los intensos olores de una cuadra propiedad del Estado. Sobre esta jurisprudencia, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *cit.*, pp. 85-86, y PI SUÑER, J. M.^a (1951): “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración local”, *Revista de estudios de la vida local*, núm. 55, pp. 38-48. Últimamente, GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): *ob. cit.*, pp. 2732-2736.

⁸² *Ex multis*, BIGOT, G. (2012): “La responsabilité de l’administration en France. Histoire et théorie”, *Jus politicum*, núm. 8.

⁸³ Sobresale GIL ROBLES, E. (1899): *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, Imprenta B. de la Torre, Salamanca.

mo (y la correlativa defensa de la vieja responsabilidad personal del funcionario) se realizara en España a partir de presupuestos tradicionalistas.

El jesuita vizcaíno y catedrático de Deusto José Nemesio GÜENECHEA ajustaba parte de su teoría jurídica a esos postulados, por ejemplo, la justificación de la descentralización, el regionalismo federal o las libertades locales; el rechazo del separatismo, el individualismo abstracto y el socialismo; o la crítica a la abolición de las vinculaciones y mayorazgos. Se entiende por eso que, tras contrastarse con toda la doctrina europea, defendiese la vieja responsabilidad personal procedente del Antiguo Régimen. Aceptaba la responsabilidad directa del Estado solo cuando este libremente admite (o no destituye) a funcionarios ineptos o inmorales, y cuando el empleado actuó en ventaja del mismo Estado. En los demás casos, no podría haber responsabilidad de la Administración porque “el funcionario no representa al Estado en los actos malos para los que no se le autoriza”⁸⁴.

Se trata de una postura que, salvando las muchas distancias, guarda algún paralelismo con la cultivada en la misma época por DICEY, antes citado. Ya hemos visto que el invento napoleónico de la autorización administrativa previa y su extensión a lo largo y ancho de la Europa continental supuso una fractura respecto del Antiguo Régimen y, con ello, también respecto del orden jurídico angloamericano. Vino a constatarlo el señalado profesor inglés al identificar la vigencia del viejo derecho del vasallo a exigir la responsabilidad personal de los oficiales como un elemento que diferenciaba esencialmente el *Rule of Law* del *Régime administratif*. No sorprende por eso que DICEY, contrario al creciente intervencionismo gubernamental de la Inglaterra de principios del siglo xx, se mostrara escéptico con la responsabilidad patrimonial directa del Estado, por más que hubiera ya partidarios de ella en Inglaterra y estuviera desarrollándose efectivamente al otro lado del Canal de la Mancha. Para él, “la inmunidad técnica de la Corona respecto de los agravios de los funcionarios no es motivo de queja pública y, en la práctica, genera poca o ninguna injusticia”⁸⁵. No es la posición de alguien contrario a las libertades individuales y favorable al Estado; es la de quien, habiendo comprobado que la responsabilidad personal del oficial es suficiente garantía en un mundo sin (o con poca) Administración, se resiste a aceptar los nuevos tiempos.

Más allá de estas opiniones, la más firme oposición al nuevo paradigma de la responsabilidad provino, desde luego en España, de un movimiento de signo opuesto, favorable a la construcción de un Estado centralizado y dominado por la Administración. La nueva responsabilidad patrimonial directa no era del gusto de los liberales conservadores, que desde mediados del siglo xix venían mostrándose partidarios de limitar, cuando no suprimir, las deudas resarcitorias contra el Estado.

⁸⁴ GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao, pp. 223-247, en especial, pp. 244-247.

⁸⁵ DICEY, A. V. (1982 [1915]): *ob. cit.*, pp. 232-234, 336-337. Véase LUQUE REINA, A. M. (2016): “Rule of Law a debate: Laski vs Dicey”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, pp. 193-209; y la biografía intelectual sobre el profesor de Oxford publicada recientemente: DÍAZ RICO, J. C. (2025): *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford*, Dykinson, Madrid.

No faltaron expertos vinculados al Gobierno que de algún modo dieran soporte a la posición contraria al nuevo régimen de responsabilidad directa. Para Manuel FERNÁNDEZ MOURILLO, oficial del Consejo de Estado, la cuestión tenía “un carácter circunstancial que impide resolverla en términos generales, debiendo ventilarse en cada caso concreto según su naturaleza, dejándola a la prudente apreciación del juzgador, como cuestión de hecho y en gran parte subordinada a la posibilidad de la reparación del daño causado, mediante rectificaciones procedentes”⁸⁶.

Más significativo aún es que un influyente y reputado Abogado del Estado, José Antonio UBIERNA EUSA, publicara en 1912 una voluminosa monografía sobre la “responsabilidad de los órganos del Estado” que, sin embargo, ignoraba con toda conciencia el debate sobre la responsabilidad civil directa de la Administración, como si la única responsabilidad posible fuera la personal de los funcionarios⁸⁷. No solo: llegaba a reclamar la recuperación de la vieja autorización administrativa previa para procesarlos con el argumento de que, “aun en el caso de que estimásemos impropcedente tal medida, existiendo un artículo en el Código fundamental del Estado [art. 77 de la Constitución de 1876] que la impone, esta debe dictarse á fin de respetar y cumplir el precepto constitucional”⁸⁸.

Ya el amplio número de indemnizaciones de daños sacrificiales (vinculado a la eliminación de privilegios feudales y a las obras públicas, primero, así como al crecimiento exponencial del intervencionismo estatal, después) había preocupado sobremanera a BRAVO MURILLO, según vimos al examinar la Ley de contabilidad de 1850 y como explicaré con detenimiento en breve. La extensión de la solución de la responsabilidad patrimonial directa a los supuestos de culpa funcional despertará definitivamente los recelos de los dirigentes políticos, acostumbrados a manejar un Derecho especial esencialmente destinado a proteger al Estado: el Derecho administrativo.

En efecto, desde 1845, las demandas formuladas contra los actos administrativos eran resueltas por la propia Administración recurrida a la vista del dictamen no vinculante del Consejo Real o de Estado, un régimen de autocontrol administrativo, judicializado solo en parte en 1888 y 1904, dentro del cual funcionaban otras

⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURILLO, M. (1926): *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la “Administración activa”*. *Reformas procedentes*, Impr. Del Asilo de los Huérfanos del S. C. de Jesús, pp. 70-71.

⁸⁷ Es seguro que UBIERNA conocía el debate sobre la responsabilidad directa del Estado: cita a estudiosos que se refieren a él (VACCHELLI, POSADA) y menciona esa responsabilidad directa de soslayo al clasificar asépticamente los tipos de responsabilidad. No parece casual la omisión de toda referencia a la ya nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esa cuestión (favorable y contraria), pues él mismo considera que “en todo orden jurídico es importantísimo conocer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo” y lo demuestra efectivamente al abordar la responsabilidad personal. UBIERNA EUSA, J. A. (1912): *De la responsabilidad de los órganos del Estado*, ed. Mariano Nuñez Samper, Madrid, pp. 9, 12, 31.

⁸⁸ Tras presentar con aparente neutralidad los argumentos de los partidarios y los contrarios a la autorización administrativa previa, UBIERNA hace suyas las opiniones completamente favorables esgrimidas por Manuel COLMEIRO en 1850, incluida la de exigirla también para el ejercicio de acciones de responsabilidad civil fuera del orden penal. UBIERNA EUSA, J. A. (1912): *ob. cit.*, pp.12-14, 67-76.

prerrogativas, que aumentaban el régimen de desigualdad que le era inherente⁸⁹. En la jurisdicción ordinaria propiamente dicha (civil y penal), además del régimen de inmunidad judicial del que disfrutaban los poderes administrativos de supremacía (y no solo: también en relación con la enajenación de bienes nacionales y el cumplimiento y efectos de los contratos de obras y servicios), operaban otros mecanismos que aseguraban también allí de algún modo una posición de privilegio a la Administración⁹⁰.

Se entiende por todo ello que el Derecho administrativo acabara truncando la responsabilidad civil directa del Estado, llegando a negarla pura y simplemente en supuestos de culpa funcional. Cabe identificar tres mecanismos diseñados a estos efectos: una vía administrativa previa y otras trabas procedimentales (4.2); la exigencia de previsión legal específica para indemnizar el daño sacrificial (4.3); y la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC en el sentido contrario a la responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos del común funcionario (4.4).

4.2. Reclamación administrativa previa y otras trabas procedimentales

Para demandar al Estado por daños y perjuicios ante la justicia administrativa (en los supuestos o materias en que este orden tenía atribuida la competencia) o ante la jurisdicción ordinaria, el particular debía con carácter previo reclamar gubernativamente la indemnización en el plazo de un año. Y si la Administración no resolvía expresamente dentro de un determinado tiempo, debía formularse el correspondiente recurso, en lo que es una de las primeras expresiones de la técnica del silencio administrativo negativo. Así lo estableció la legislación sectorial, por ejemplo, en relación con la indemnización de los perjuicios causados por la abolición del diezmo a quienes habían adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo (Ley

⁸⁹ (i) La interposición preceptiva de recursos administrativos para demandar a la Administración en la vía contencioso-administrativa; (ii) la facultad de la Administración activa (gobernadores provinciales y ministros) de resolver sobre la admisibilidad de las demandas entabladas contra sus propias providencias, que desaparecerá tras la reforma de 1888; (iii) la regla *solve et repete*, esto es, la carga de abonar las deudas pecuniarias contraídas con la Administración para impugnar los actos sancionadores o tributarios de las que traen causa, recogida en la legislación sobre contabilidad (Leyes de 20 de febrero de 1850 y 25 de junio de 1870), procedimiento administrativo (Ley de bases de 31 de diciembre de 1881), contencioso-administrativo (LJCA 1888) y reclamaciones económico-administrativas (Reglamento para la ejecución de la Ley de 31 de diciembre de 1881, aprobado por Real Decreto el mismo día).

⁹⁰ (i) La interposición preceptiva de reclamaciones previas para demandar a la Administración en la vía judicial ordinaria (Reales Órdenes de 15 de marzo de 1842 y 9 de junio de 1847, Real Decreto de 20 de septiembre de 1851); (ii) la exigencia de autorización gubernativa previa para procesar a los empleados públicos y autoridades por hechos relativos al ejercicio de sus funciones (Ley de 2 abril de 1845, Real Orden de 27 de marzo de 1850, Real Decreto de 29 de abril de 1857), derogada por la Constitución de 1869; (iii) la inembargabilidad de los bienes públicos (Real Orden de 21 de enero de 1845 y Real Decreto de 12 de marzo de 1847); (iv) un sistema de conflictos jurisdiccionales que atribuye en exclusiva a la Administración tanto el planteamiento como la resolución de las contiendas (Reales Decretos de 6 de junio de 1844, 4 de junio de 1847, 4 de julio de 1861 y 8 de septiembre de 1887).

de 20 de marzo de 1846). Y lo fijaron con carácter general la Ley de contabilidad y administración de 1850 y sus sucesoras de 1870 y 1911.

La temprana instauración del silencio negativo como efecto de la falta de respuesta a las peticiones indemnizatorias se entendía, no tanto como garantía de derechos individuales, sino más bien como instrumento de organización de la Administración financiera, que lograba así cerrar aquellos expedientes *ope legis* y en beneficio del erario, así como la inadmisión de todo aquel recurso contencioso-administrativo que se plantera al cabo de cierto tiempo⁹¹.

La intervención judicial, al configurarse como revisora de un acto administrativo, estaba sujeta a límites similares a los de una segunda instancia o recurso de casación en cuanto a la introducción y valoración de nuevos hechos y alegaciones, al menos en el orden contencioso-administrativo. No cabía, en particular, revisar el alcance de la indemnización eventualmente concedida en la vía gubernativa. Por ejemplo, la Real Orden de 20 de enero de 1877 declaró, de acuerdo con el Consejo de Estado, que las indemnizaciones concedidas a empresarios del tabaco habano por verse obligados a cerrar sus expendidurías “no son revisables en la vía contencioso-administrativa” (Gaceta núm. 33 de 2 de febrero de 1877).

Estas dificultades se incrementaron aún más en el caso de las mencionadas “cargas de justicia”. Una prolija regulación vino a condicionar la indemnización de quienes habían sido privados de algún derecho (privilegio real, oficio o derecho enajenado de la Corona, participación en tributos abolidos) a probar y justificar dentro de breves plazos que sus antecesores lo habían obtenido, no como gracia, sino a título remuneratorio u oneroso; prueba que en la mayor parte de los casos era imposible. Lo explicó elocuentemente Fermín ABELLA:

“Como se ve no se respetaba con esto la propiedad adquirida, sino que se venía á negar, haciendo necesaria la prueba, que en la mayor parte de los casos era imposible. Olvidadas las causas de las concesiones, juzgándose á veces como faltas lo que antes constituían acciones meritorias, perdidos documentos, incendiados los Archivos, era muy difícil generalmente la prueba, y el Estado se libró de una gran parte de las cargas de justicia, si no fundado en los más puros principios de esta, al menos en virtud de otro principio no menos atendible, el de la prosperidad y el bien público”⁹².

4.3. Exigencia de previsión legal de las indemnizaciones por daño lícito sacrificial

Se exigía una previsión legal específica para reparar el daño causado deliberadamente (o resultado de un riesgo extraordinario impuesto) en aras del interés general. La doctrina del estado de necesidad, aunque ya en el siglo xvi había sido formulada

⁹¹ AGUADO I CUDOLÀ, V. (1998): “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, p. 342.

⁹² ABELLA, F. (1886): *Tratado de Derecho administrativo español*, t. II, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, pp. 1277-1279. Sobre la extensa regulación y jurisprudencia producida en esta materia, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): *ob. cit.*, pp. 151-168.

con carácter general para justificar la reparación de todo daño causado legítimamente por razón de un interés superior, desapareció como tal, posiblemente por la influencia ejercida por el iusnaturalismo septentrional (KANT, PUFENDORF) y la nueva teoría jurídica europea, conforme a la que solo la culpa y el incumplimiento de un deber previamente establecido podían justificar con carácter general la obligación de reparar los daños resultantes. El acto lícito generador de un deber de reparación era visto como algo extraño, como una anomalía que, en lo posible, debía quedar reducida al instituto expropiatorio. Se concebía con naturalidad una cláusula general de responsabilidad por actos antijurídicos y culpables, pero se rechazaba tajantemente una cláusula general de responsabilidad por actos lícitos generadores de un sacrificio especial⁹³.

La expropiación forzosa quedó así configurada como institución autónoma, desvinculada de la doctrina general del estado de necesidad, excepcional, limitada a pocos supuestos (inicialmente solo para obras públicas) y rodeada de toda suerte de requisitos. La Constitución de Cádiz respondía a estos parámetros. Abrió la puerta a la expropiación forzosa, pero a regañadientes: “si en algún caso fuera necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos” (art. 172, apartado 9).

Tal concepción respondía en su origen al propósito de reducir al mínimo los sacrificios individuales, en línea con los postulados individualistas. Sin embargo, durante el siglo XIX, cuando se pone en marcha el proyecto de construcción de un Estado amplio hegemonizado por la Administración, produjo un efecto de signo inverso: no logró impedir tales sacrificios, pero sí que fueran objeto de reparación todos los producidos fuera del reducido ámbito de la legislación expropiatoria. De ahí que todo daño causado deliberadamente (o derivado de la realización de un riesgo especial impuesto) por razón del interés general al margen del estrecho régimen expropiatorio quedaba sin indemnización, salvo que esta estuviera legalmente prevista de modo específico.

Por ejemplo, la indemnización de los daños causados por la ocupación temporal de terrenos para la ejecución de obras públicas no estaba prevista en la Ley de enajenación forzosa de 17 de julio de 1836, y solo empezó a normalizarse cuando fue expresamente establecida por la Real orden de 19 de noviembre de 1845⁹⁴. Otro caso ilustrativo es el resuelto por el Real Decreto Sentencia de 14 de diciembre de 1859 del Consejo de Estado. No se discutía que el reclamante sufrió daños “á consecuencia del incendio ocurrido en una finca de su propiedad con motivo de la Orden dada por el Comandante general del Maestrazgo, estableciendo un riguroso bloqueo

⁹³ Ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2018): “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, pp. 171-179.

⁹⁴ Véase, MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 3.ª ed., Iustel, Madrid, pp. 286-287.

para destruir la facción que recorría el país”. Sin embargo, se rechazó la indemnización solicitada por la razón indicada: “no se funda en ninguna obligación contraída explícitamente por el Gobierno; y aun cuando se supusiera fundada en la implícita, que según el interesado tiene de resarcir los perjuicios causados por las medidas adoptadas por sus delegados en interés común, no es posible concurrir con los fondos públicos á semejantes indemnizaciones sin que así se ordene por una disposición legislativa” (Gaceta de Madrid núm. 364 de 30 de diciembre de 1859).

Confirmaba la exigencia de ley previa el Código Penal, tanto el aprobado el 1848 como el siguiente de 1870. Su cláusula general de “responsabilidad civil” por sacrificios impuestos legítimamente en estado de necesidad se aplicaba entre particulares⁹⁵; a la Administración solo en los términos que dispongan las “leyes o reglamentos especiales”⁹⁶. Ello fue convenientemente subrayado por los autores⁹⁷.

Algunos quisieron ver una cláusula general de responsabilidad por sacrificio especial en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (art. 10 de la Constitución de 1876 y 44 de la de 1931)⁹⁸ o en la previsión que declaraba infiscalizables por discrecionales los actos del “orden político ó de gobierno y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higienes públicas, al orden público y á la defensa del territorio, *sin perjuicio del derecho á las indemnizaciones á que pueda dar lugar tales*

⁹⁵ El Código de 1870, reiterando lo establecido por su predecesor, disponía, en primer término, que no incurre en responsabilidad penal “el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena”, siempre que concorra una serie de circunstancias: “realidad del mal que se trata de evitar”, “que sea mayor que el causado para evitarlo” y “que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo” (art. 8, regla 7ª). Señalaba después que esta “exención de responsabilidad criminal (...) no comprende la de la responsabilidad civil” (art. 19, párrafo primero). En particular, “son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, á proporción del beneficio que hubiere reportado” (art. 19, regla 2ª, primer párrafo). De modo que, el beneficiario del sacrificio impuesto queda obligado a repararlo en concepto de responsabilidad civil.

⁹⁶ “Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las personas responsables ó sus cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una población, y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con intervención de la Autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales” (art. 19, regla 2ª, párrafos tercero y cuarto).

⁹⁷ CÁRDENAS ESPEJO, F. (1850): “De la responsabilidad civil de los delitos según el Código penal”, *El Derecho moderno. Revista de jurisprudencia y Administración*, t. VIII, pp. 224-225: “Aunque estas leyes y reglamentos no existen, pueden aplicarse á algunos casos comprendidos en el artículo anterior las leyes sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública”. En la misma línea, PACHECO, J. F. (1870): *El código penal concordado y comentado*, t. I, 4ª ed., Imprenta de M. Tello, Madrid, p. 285.

⁹⁸ ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *ob. cit.*, p. 76. Más claramente, ROYO VILLANOVA, A. (1940): *Elementos de Derecho administrativo*, 1.ª entrega, 16.ª ed., corregida y aumentada en colaboración con S. ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, Librería Santarén, Valladolid, p. 149. Este último afirmaba que la responsabilidad sin culpa del funcionario resultante del principio general de inviolabilidad de la propiedad privada está expresada también en la Real orden de 4 de diciembre de 1882, en cuya virtud “cuando un funcionario público es demandado judicialmente por consecuencia de los actos que ejerce en cumplimiento del servicio que se le encomienda y siempre que se ajuste a las prescripciones reglamentarias, hay méritos para considerar demandada a la Administración y debe mostrarse parte a su nombre el Ministerio fiscal”.

disposiciones” (art. 4.1 del Reglamento de 29 de diciembre de 1890, que pasará, casi sin modificaciones, al Reglamento de 22 de junio de 1894)⁹⁹. No obstante, la jurisprudencia no invocó estas normas para reparar sacrificios especiales en ausencia de previsiones que la establecieran específicamente. La STS de 5 de julio de 1889 llegó a descartar la responsabilidad en un caso bajo la consideración de “que la Real orden dictada por el Gobierno en uso de su facultad discrecional por razones de salubridad pública, al ordenar la clausura del cementerio, no estableció derecho a indemnización alguna a favor de la demandante”¹⁰⁰.

A su vez, el régimen de responsabilidad directa de la entidad (pública o privada) encargada de la explotación del ferrocarril (Leyes de 1855 y 1877) se interpretaba en clave subjetiva, esto es, condicionando la obligación de indemnizar a la existencia de culpa, incluso cuando el daño no era más que la realización de un riesgo especial inherente a esa actividad conocido e impuesto por el Estado. Por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 1865 absolvió de responsabilidad a la Empresa del Ferrocarril de Isabel II de la demanda de indemnización de perjuicios por incendio de un agromal causado por las locomotoras porque “para la aplicación del art. 14 [de la Ley de 14 de Noviembre de 1855] era preciso justificar en debida forma que habían faltado la Empresa ó sus empleados porque si bien el título IV nada dispone sobre las pruebas, parte del principio de que ha de haber faltas, las cuales no se suponen cuando no se acreditan” (Colección Legislativa, tomo 1865, p. 872).

No obstante, hubo alguna resolución que, contrariamente a la tendencia general, partiendo de la doctrina del estado de necesidad, sin específico apoyo legal, declaró la responsabilidad del Estado. Así, la Real orden de 30 de diciembre de 1926, tras apreciar la ausencia de un precepto legal que estableciese específicamente la obligación de reparar los daños producidos por la caída de un hidroavión de la Aeronáutica Naval, declaró, en línea con el dictamen favorable del Consejo de Estado: “salta a la vista la injusticia que entraña que los perjuicios que de modo fortuito se causan

⁹⁹ Alfonso GONZÁLEZ LOZANO, brillante estudioso adscrito a la Escuela liberal y miembro de la Comisión que elaboró el Dictamen de 21 de junio de 1887 sobre la aprobación de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo, sostuvo que una medida discrecional, aunque infiscalizable, puede lesionar un derecho y dar lugar a que el titular violentado demande una indemnización, refiriéndose específicamente al caso de la revocación de actos favorables por razón del interés general: GONZÁLEZ LOZANO, A. (1891): *La materia contencioso-administrativa*, Imp. E. Rubiños, Madrid, pp. 203-204 (también, citando el artículo 4.1 del Reglamento de 1894, en la segunda edición, Librería de Leopoldo Martínez, 1903, pp. 210-216). Defendieron después que este precepto establecía una especie de cláusula general de responsabilidad por sacrificio especial: CABALLERO MONTES, J. M.^a (1902): *Lo contencioso-administrativo*, t. I, tip. Mariano Escar, Zaragoza, pp. 272-274, así como, bajo la influencia del anterior, GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *ob. cit.*, p. 565; y GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *Instituciones de Derecho administrativo*, vol. I, E. Heras, Sevilla, pp. 447-448. En la misma línea, CIUDAD AURIOLES, J. (1920): *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Reus, Madrid, pp. 25-26, quien sostuvo que “si no se fija la indemnización o no se hace en una cuantía remuneradora, aun tratándose de cuestiones peculiarmente atribuidas a la potestad discrecional, la Real orden que omite aquella o la fije insuficiente es impugnabile en vía contenciosa”.

¹⁰⁰ Al respecto, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *cit.*, pp. 80-81.

con deplorable frecuencia a consecuencia del peligroso servicio de Aviación recaigan exclusivamente sobre la persona que eventualmente los sufra en sus bienes, pues sería, sin duda, más equitativo que tales daños los soportara y sufragase la colectividad nacional, o sea el Estado”. Hizo descansar la obligación de indemnizar “en el deber de resarcir los perjuicios quien recibe el provecho, es decir, el interés público obligado con el interés privado, por razones de equidad”¹⁰¹.

4.4. Negación de la responsabilidad directa de la Administración por ilícito del funcionario

Durante los últimos años del ochocientos, el Tribunal Supremo elaboró una jurisprudencia contraria a la responsabilidad civil directa de la Administración, incluso ante acciones claramente culposas o negligentes. Su Sentencia de 7 de enero de 1898 ofreció dos razones para justificar la no aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC al Estado y la consiguiente irresponsabilidad. Una conectaba con el dogma de la infalibilidad del soberano (*The King Can Do No Wrong*), dándole ahora un nuevo significado como privilegio de inmunidad patrimonial de la Administración: “no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general y al de los particulares interesados en su prestación”. La otra razón derivaba de la doctrina de la doble personalidad estatal, tempranamente elaborada entre nosotros por PELÁEZ DEL POZO¹⁰² y ampliamente desarrollada a lo largo del siglo XIX: la eventual responsabilidad civil del Estado debe quedar circunscrita al caso de que la Administración haya obrado en pie de igualdad con los particulares como “persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”. El alto tribunal acabó limitando la responsabilidad civil del Estado a los daños ocasionados por un “agente especial” (art. 1903, párrafo segundo, CC), concebido como aquel que “recibe un mandato o comisión concreta y determinada, ajena al ejercicio de su cargo si es funcionario público”. Todo ello bajo la consideración de que solo en este caso “cabe presumir en el Estado la culpa o negligencia, que es la base generadora de esta clase de obligaciones”. Se rechazaron así la responsabilidad civil del Estado tanto por hecho propio *ex* 1902 CC como por hecho del común funcionario *ex* 1903 CC¹⁰³.

¹⁰¹ Comentó esta decisión, juzgando que se “adelantaba a su época”, FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1957): “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, pp. 18-19. Ya antes, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, cit., p. 84.

¹⁰² PELÁEZ DEL POZO, J. (1849): *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos*, Imprenta D. B. González, Madrid, pp. 13-16.

¹⁰³ El Tribunal Supremo desarrolló esta doctrina en su Sentencia de 18 de mayo de 1904 (de la que tomo las frases entrecomilladas), reiterándola, entre otras, en las de 8 de julio de 1911, 17 de diciembre de 1912 y 18 de febrero de 1914. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1969): “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, en *Perspectivas del Derecho*

El legislador proclamará después la responsabilidad de la Administración, pero limitándola a supuestos concretos (p. ej., la suspensión o destitución indebida, conforme al art. 238 del Estatuto municipal de 1924) o configurándola como subsidiaria respecto de la principal de los funcionarios (Código penal de 1928, Ley municipal de 1935) y sujetando esta última a una dificultosa serie de requisitos y formalidades (Ley de 5 de abril de 1904 sobre responsabilidad de los funcionarios del orden gubernativo ó administrativo y Reglamento de desarrollo del 23 de septiembre siguiente). La Constitución de 1931, en la redacción inicialmente proyectada de su artículo 41, establecía la responsabilidad del Estado “si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero”. No obstante, la redacción final precisó que tal responsabilidad había de ser subsidiaria. La Ley de régimen local de 1950 supondrá un importante avance, aunque solo respecto de daños causados por las corporaciones locales (arts. 405-409) y sin prescindir del todo del viejo modelo de responsabilidad personal funcional. Tras disponer que la actividad de Derecho privado de los entes locales se sujeta a los artículos 1902 y 1903 CC, establecía para la actividad de Derecho público un régimen de “responsabilidad civil”, configurándolo en unos casos como subsidiario (“cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes, en el ejercicio de su cargo”) y en otros como principal (en materia contractual y “cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad local”, sin aquella culpa grave funcional).

La tendencia a dificultar el desarrollo del paradigma de la responsabilidad estatal se manifestará —con desigual intensidad— en los países de nuestro entorno por las mismas razones de fondo. En Francia, la célebre defensa de la inmunidad patrimonial de la *puissance publique* (*Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation*) por parte de Edouard LAFERRIÈRE¹⁰⁴ o la de la irresarcibilidad del daño derivado del acto de autoridad de Henry BERTHÉLEMY¹⁰⁵, más que rastros de absolutismo monárquico de un Derecho administrativo que solo paulatinamente habría podido introducir garantías, parecen tesis proclives al Estado expuestas dentro de la compleja tesitura de finales del siglo XIX y principios del XX, cuando los penetrantes cambios sociales (singularmente, el creciente intervencionismo estatal) suscitaron el debate sobre la responsabilidad directa de la Administración.

Desde luego, es lo ocurrido en Italia: la aparición de la tendencia a garantizar esferas de irresponsabilidad a la Administración está claramente vinculada a la construcción del Estado administrativo¹⁰⁶ y se desarrolló, con matices y modulaciones, ya

Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Sayagués Laso, Instituto Estudios Administración Local, t. IV, Madrid, pp. 876-877.

¹⁰⁴ LAFERRIÈRE, E. (1887-1888): *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault, Paris, p. 173.

¹⁰⁵ BERTHÉLEMY, H. (1908): *Traité de droit administratif*, 5.ª ed., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, p. 77.

¹⁰⁶ MANTELLINI, G. (1880): *Lo Stato e il Codice civile*, vol. 1, Barbera, Firenze; SAREDO, G. (1882): “Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari”, *Legge*, XXI, I, pp. 494 y ss.

en el siglo xx en el marco de una construcción propia del Derecho administrativo: el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo o, lo que es lo mismo, la irresponsabilidad por el ejercicio incorrecto de potestades administrativas¹⁰⁷.

Ni siquiera en Inglaterra el régimen de irresponsabilidad característico del Gobierno central era herencia de un privilegio absolutista, por más que se apoyara formalmente en el mítico *The King Can Do No Wrong*. El dogma, de origen medieval, había tenido una significación casi opuesta, como *The King Is Not Entitled To Do Wrong*, esto es, como prohibición de que el rey cometa ilícitos. En el siglo xvii, se invocaba para asegurar la inmunidad jurisdiccional nada más que a la persona del rey; los oficiales que ejecutaban las órdenes reales podían ser demandados e incurrir en responsabilidad. Será a partir de la segunda mitad del siglo xix y sobre todo en el siglo xx, cuando la jurisprudencia extienda el privilegio a los departamentos gubernamentales y a los altos funcionarios y ello como consecuencia del crecimiento del intervencionismo público y del aparato estatal y como resultado de una reinterpretación del principio y la confusión del término “Corona”¹⁰⁸.

5. EL MITO DE LA HISTÓRICA IRRESPONSABILIDAD ESTATAL COMO ARGUMENTO LEGITIMADOR

La doctrina académica reaccionó contra la tendencia a rechazar la responsabilidad directa de la Administración por culpa funcional, así como a reducir la responsabilidad objetiva por sacrificio a los supuestos en que estuviese específicamente prevista. Llegó a vaticinarse que el régimen de responsabilidad personal resultante de la Ley de 1904 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía poco futuro “porque la tendencia doctrinal uniforme -que ha plasmado ya parcialmente nuestro Derecho [sacrificios especiales y daños causados por entes locales] es la de hacer recaer la responsabilidad siempre sobre la Administración, directa o indirectamente, según los casos, y no sobre el funcionario”¹⁰⁹.

No obstante, hubo divergencias muy relevantes en cuanto al fundamento y alcance que había de tener la responsabilidad del Estado. Varios abrazaron la causa teórica de la autonomía, como si vencer la resistencia de la Administración a indemnizar exigiera abandonar el Derecho civil y construir una institución especial en el marco del Derecho administrativo. Reivindicaron la instauración para la Administración de un régimen por completo autónomo de responsabilidad basado en la pura objetividad, que no se justificaba ya dentro de la doctrina del estado de necesidad. El profesor

¹⁰⁷ Véase para el siglo xix, CAZZETTA, G. (1991): *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico* (1865-1914), Giuffrè, Milano. Sobre el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo, MEDINA ALCOZ, L. (2005): *ob. cit.*, pp. 68-110.

¹⁰⁸ Ampliamente, FORTIN, M.-F. (2024): *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law History, and Crown Liability*, Oxford University Press.

¹⁰⁹ GUAITA MARTORELL, A. (1953): “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 6, 1/1953, p. 130.

Segismundo ROYO-VILLANOVA lo defendió en su tesis doctoral, publicada en dos partes en la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*¹¹⁰. Razonaba que la culpa era y debía ser un elemento esencial para la responsabilidad entre particulares, pero reglas y principios propios del Derecho público obligarían a prescindir universalmente del referido elemento, sustituyéndolo por el principio de causalidad. En la responsabilidad administrativa el criterio objetivo debía suplantar por completo al subjetivo, característico del Derecho civil por su inspiración igualitaria e individualista, quedando el particular amparado frente a todo perjuicio que le pudiera ocasionar la Administración¹¹¹.

Otros defendieron también la responsabilidad directa de la Administración, aunque, inversamente, limitándola a los supuestos de dolo o culpa en línea con la teoría dominante en el Derecho civil. Los daños lícitamente causados en aras del interés general habrían de asimilarse, a los efectos de su reparación, a una de sus especies (expropiación forzosa) en el marco de la llamada “teoría de la indemnización”. Se trata de una solución de inspiración italo-germánica, formulada entre nosotros por Fernando GARRIDO FALLA en 1952¹¹². En efecto, los ordenamientos italiano y alemán, imbuidos de las prevenciones heredadas de aquel iusnaturalismo racionalista, identificaban toda la responsabilidad con la responsabilidad por acto ilícito y culpable; estaban por ello forzados a excluir la indemnización de todo supuesto sacrificial carente de específica previsión legislativa, como había ocurrido también en España; o a afirmarla mediante artificios, esto es, evitando las consecuencias de la exigencia de ilicitud o antijuridicidad y el monismo culpabilista por la vía de reconducir la gran variedad de daños sacrificiales a nuevas categorías de las que se predicaba una naturaleza cuasiexpropiatoria¹¹³.

¹¹⁰ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932-1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, pp. 615-661; parte II, núm. 62, pp. 71-102. El padre de Segismundo, Antonio ROYO VILLANOVA, incorporó la tesis de su hijo al tratado que venía publicando desde 1909: ROYO VILLANOVA, A. (1940): *Elementos de Derecho administrativo*, 1.ª entrega, 16.ª ed., corregida y aumentada en colaboración con S. ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, Librería Santarén, Valladolid, pp. 140-151.

¹¹¹ En una línea similar, GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *ob. cit.*, pp. 433-449; TENA YBARRA, J. I. (1951): “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 177-192; y DIEGO SAMPER, L. A. de, (1954): “La responsabilidad en el régimen local”, en *Estudios al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, *Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 431-459. Fuera de nuestras fronteras, por ejemplo: VACHELLI, G. (1892): *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Hoepli, Milano; STARCK, B. (1958): “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 475.

¹¹² GARRIDO FALLA, F. (1952): “La teoría de la indemnización en Derecho público”, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pp. 411-443. Apoyó la tesis de este autor: BERMEJO GIRONÉS, J. I. (1952): “Estudio preliminar”, en J. Mallol García, *Aspectos de la responsabilidad civil en la esfera de la Administración local*, Ediciones Orti, Valencia, 1952, pp. XIX y XX.

¹¹³ Para el Derecho alemán, OSSENBÜHL, F. (1996): “La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Dere-*

No faltaron quienes, junto a la responsabilidad directa de la Administración por culpa *ex artículo 1902 CC* y enlazando de algún modo con la tradición del *ius necessitatis*, justificaban un principio general de responsabilidad por sacrificio especial. Frente a los primeros, acotaban el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva, limitándola a los supuestos en que el poder público causa legítima y deliberadamente un sacrificio especial. Y frente a los segundos, evitaban justificarla como regla excepcional o como solución situada al margen del sistema de responsabilidad civil. Los profesores Luis JORDANA DE POZAS y Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO defendían planteamientos en esta línea, que es la que acabará prosperando¹¹⁴.

Lo interesante a los efectos de esta investigación es que, más allá de sus diferencias, los autores coincidían, por lo general, en presentar la nueva responsabilidad patrimonial directa como el remedio a una injusticia multiseccular arrastrada desde el absolutismo monárquico. Y, para expresar la idea, usarán de modo recurrente el aforismo inglés *The King Can Do No Wrong*. Baste citar los tratados de GARCÍA OVIEDO y FÁBREGAS DEL PILAR, que abordaron la cuestión *in extenso*, y la tesis doctoral de Segismundo ROYO-VILLANOVA, el estudio más relevante de la época en esta materia:

“La irresponsabilidad del Estado fue absoluta en el viejo derecho. La antigua tendencia regalista del soberano (*The King can do no wrong*), estimándose sacrilegio pensar que el Príncipe hubiera podido mostrarse negligente en la elección de los funcionarios. El acto culposo productor del daño debía estimarse por la víctima como un caso fortuito, como un caso de fuerza mayor ... Fué antigua tendencia la de proclamar la irresponsabilidad absoluta del Estado por los actos de sus funcionarios. ... En la actualidad domina la tendencia contraria” (GARCÍA OVIEDO)¹¹⁵.

“La tradicional irresponsabilidad, defendida por los regalistas, tenía un firme apoyo en el concepto antiguo de Estado soberano. Los daños que causara el Estado a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor. Pero en el siglo XIX la noción del Estado

chos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, coord. J. Barnés Vázquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, pp. 931-954. Para Italia, ALESSI, R. (1964): *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milán.

¹¹⁴ JORDANA DE POZAS, L. (1924): *ob. cit.*, pp. 156-159; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *ob. cit.*, 433-451. Más o menos en esta línea, las lúcidas observaciones críticas de FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *ob. cit.*, pp. 174-183; y PÉREZ SERRANO, N. (1976): *Tratado de Derecho político*, Civitas, pp. 133-182 (escrito entre 1936 y 1939). Una construcción general de la responsabilidad por sacrificio sin salir del Derecho privado podía leerse en SÜSS, Th. (1943): “La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán”, *Revista de Derecho privado*, t. 27, 1943, pp. 54-72 (1ª parte) y pp. 137-159 (2ª parte). En Italia, una construcción unitaria de una responsabilidad policéntrica (por culpa y riesgo), fue defendida por ORLANDO, V. E. (1893): “Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato”, *Archivio di Diritto Pubblico*, núm. 3, pp. 321-378. Una justificación de la responsabilidad objetiva por sacrificio especial se hallaba también en Otto MAYER (1982 [1895]): *Derecho administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires, p. 217. Más o menos en sintonía, la doctrina francesa de la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas (p. ej., decisiones del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 1923, asunto *Couitéas*; 24 de julio de 1931, asunto *Cne de Vic-Fezensac*; de 14 de enero de 1938, asunto *La Fleurette*; de 22 de febrero de 1963, asunto *Cne de Gavarnie*).

¹¹⁵ GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *ob. cit.*, pp. 440, 445.

se transforma y la teoría de la responsabilidad se desarrolla, aunque tímidamente” (ROYO-VILLANOVA)¹¹⁶.

“Los conceptos de responsabilidad y soberanía se han considerado incompatibles durante mucho tiempo. Entendida la responsabilidad como situación derivada de la infracción de un deber, y la soberanía como un poder independiente y superior, no podía ser de otra manera, porque el Soberano carecía, según este concepto, de deberes jurídicos propiamente dichos, y porque declararle responsable equivalía a despojarle del atributo de la soberanía. ... Pero transformados ambos conceptos de soberanía y de responsabilidad ... dejaron de ser incompatibles, y, como por otra parte, el principio y la afirmación positivista, según la cual no deber dañar sin resarcimiento, estaban en todo auge, se abrió paso en la doctrina y, sobre todo en la realidad, la idea de la responsabilidad del Estado” (FÁBREGAS DEL PILAR)¹¹⁷.

Recuérdese que hasta hacía no tanto, cuando el proyecto de construcción del Estado administrativo estaba sin acabar, los más garantistas no concebían siquiera una responsabilidad directa de la Administración por ilícito funcional y, por supuesto, ni se les ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico. Todo su afán era impulsar el viejo principio de responsabilidad personal de ministros y funcionarios; un principio procedente del Antiguo Régimen que asociaban a las Cortes de Cádiz y al muy liberal Derecho angloamericano y que, según denunciaban, estaba siendo orillado en el Continente por efecto de la dinámica política y la autorización administrativa para procesar. Lo que estos autores conectaban con el *princeps legibus solutus* era, precisamente, esta autorización administrativa, presentada como herencia absolutista a fin de justificar su defensa de la única responsabilidad entonces concebible: la personal del funcionario.

El tópico de la inmunidad patrimonial del Estado irrumpirá después, cuando el amplio intervencionismo estatal obligue a superar la vieja responsabilidad personal de los oficiales; aparecerá en los trabajos de los primeros teóricos del nuevo paradigma de responsabilidad, precisamente para legitimarlo. De ahí pasó a la literatura que estamos examinando y al importantísimo y muy influyente estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA que interpretaba el sistema legal de responsabilidad patrimonial que él mismo había diseñado (art. 121 de la Ley de expropiación forzosa de 1954); sistema subsistente, con solo algún cambio, en la legislación hoy vigente (art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público)¹¹⁸. Estos fueron sus términos:

“Desde el punto de vista jurídico ... lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto de la responsabilidad de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente ... [S]

¹¹⁶ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, parte I, cit., p. 615.

¹¹⁷ FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *ob. cit.*, pp. 174-175.

¹¹⁸ Se trata de un estudio publicado primero como artículo: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1023-1166. Y luego como monografía: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956): *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid.

ha ido extendiendo el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo pasado hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho ... El paso del sistema de la irresponsabilidad al de la responsabilidad de la Administración ha sido históricamente brusco ... Este desenvolvimiento ... constituye una de las muestras más concluyentes de la vitalidad del Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa”¹¹⁹.

El objetivo era justificar la nueva solución y, a tal efecto, el contraste dialéctico con una multiseccular e inadmisiblemente irresponsabilidad patrimonial administrativa funcionaba como un recurso retórico de primer orden. Claro que a veces se reconocía con todo acierto que, en realidad, el problema de la responsabilidad del Estado se había planteado solo en tiempos recientes como consecuencia del creciente intervencionismo público. Así, la tesis doctoral de ROYO-VILLANOVA y la brillante exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA:

“El Estado no tiene ya como única misión asegurar y mantener el orden interior y exterior, sino que extiende su actividad e interviene en todas las manifestaciones de la vida social. Entonces nace la responsabilidad del Estado, pues la creación de nuevos servicios públicos trae consigo un aumento de las relaciones del Estado con los particulares y, por consiguiente, crecen las posibilidades de que el Estado les cause daño. De ahí que se haya dicho que la responsabilidad del Poder público es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas” (ROYO-VILLANOVA)¹²⁰.

“Este desenvolvimiento ... ha corrido parejo curiosamente con el paralelo incremento de la acción del Estado durante el mismo periodo ... Todavía en 1904, cuando se dicta nuestra Ley vigente sobre la responsabilidad civil de los funcionarios, podía imaginarse la función de la Administración como limitada a la aplicación impersonal de las leyes; de ahí que pudiese establecerse como requisito para la exigencia de responsabilidad civil a los funcionarios la previa reclamación por escrito del interesado “para prevenir o remediar la infracción”, consignando “el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pida” (art. 11 del Reglamento de 23 de septiembre de 1904, en desarrollo del art. 1.º de la Ley de 5 de abril de 1904). Es claro que este requisito sólo tiene sentido cuando se contempla a la Administración reducida a la instrucción y actuación de expedientes; pero es inimaginable pretender hacerlo efectivo, en cuanto la Administración es ella misma prestadora de servicios materiales y se contempla la hipótesis ordinaria de daños acaecidos como consecuencia de esta actividad; *verbi gratia*, y el ejemplo es absolutamente vulgar, daños ocasionados por atropellos por vehículos públicos. Actualmente, en efecto, la Administración ha invadido todos los ámbitos de la vida social con su propia y directa acción ... No es casualidad por eso que la extensión del sistema de responsabilidad civil de la Administración haya tenido lugar justamente en el momento mismo en que este incremento de la actuación administrativa se ha desenvuelto y afirmado” (GARCÍA DE ENTERRÍA)¹²¹.

Pudiera pensarse que este modo de razonar era contradictorio, en el sentido de que se afirmaba a la vez que el problema de la responsabilidad del Estado es antiguo (porque ya la hacienda de la monarquía absoluta se habría beneficiado de un privilegio de inmunidad patrimonial vinculado a una soberanía de origen trascendental) y reciente (porque solo el incremento de la actividad estatal experimentado últimamente

¹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): *ob. cit.*, pp. 1108-1121.

¹²⁰ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, parte I, *cit.*, p. 615.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): *ob. cit.*, pp. 1115-1116.

habría obligado a afirmar la responsabilidad directa de la Administración). Pero el objetivo no era fijar un relato histórico plenamente coherente, sino ofrecer todos los argumentos posibles a favor de la garantía patrimonial del administrado.

A partir de entonces, el tópico de la irresponsabilidad como herencia absolutista se insertó de lleno dentro del discurso europeo de ensalzamiento del Derecho administrativo como disciplina nacida de la Revolución francesa para someter al fin a una Administración omnipotente. Tal discurso respondía al objetivo de reconstruir en clave garantista el entero edificio jurídico-administrativo en el contexto humanista de la segunda posguerra mundial. Y se desarrolló entre nosotros a los mismos efectos, pero con particular intensidad. En plena Dictadura franquista, en ausencia de una verdadera Constitución, la identificación del Derecho administrativo con los axiomas revolucionarios y su contraposición al ominoso Estado de fuerza del Antiguo Régimen otorgaban singular fuerza legitimadora a esa reinterpretación en clave garantista¹²².

En la actualidad, los manuales de Derecho administrativo y los estudios de Derecho público de daños reiteran una y otra vez que durante todo el siglo XIX y hasta mediados de la centuria siguiente el Estado se benefició de un privilegio de irresponsabilidad patrimonial procedente del absolutismo monárquico. La llamada “nueva historia del Derecho” obliga a revisar esta tesis, pero hasta el momento ha pesado más la tradición de nuestra disciplina que los hallazgos realizados extramuros de ella.

Sin duda, la resistencia a desaparecer de tópicos históricos como este tiene que ver con que los administrativistas y los iushistoriadores conforman comunidades científicas separadas. A los jóvenes profesores de Derecho administrativo les resulta mucho más fácil adscribirse a las viejas tesis históricas de los grandes maestros de su disciplina que a las nuevas que arroja la investigación de los historiadores. A lo que hay que añadir que los primeros estudian normalmente problemas de Derecho positivo, desconociendo pura y simplemente los avances realizados por los segundos¹²³.

6. CONCLUSIONES

Los iuspublicistas europeos vienen compartiendo, con todos los matices y excepciones que se quieran, una tradición disciplinar que, a grandes rasgos, presenta el Derecho administrativo como un régimen jurídico nacido para por fin someter a límites al poder omnímodo del viejo monarca absoluto, concretando técnicamente las exigencias revolucionarias de la división de poderes y el principio de legalidad.

¹²² La historiografía actual está modulando ese discurso, pero debe hacerse cargo al propio tiempo de que contribuyó decisivamente a contrarrestar el marcado carácter autoritario que el Derecho administrativo europeo traía de serie. Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. (2022): *ob. cit.*, pp. 343-350, 363-364, 409-413, 443-444.

¹²³ Otros factores han contribuido posiblemente a la perpetuación del tópico histórico. Véase DOMÉNECH PASCUAL, G. (2024): “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defecuosas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.

Conicionados por esta idea, entienden más o menos conscientemente que, al desarrollar la ingente tarea de limitar jurídicamente a la Administración, el Derecho administrativo hubo de concentrarse durante el siglo XIX en unas garantías (señaladamente, lo contencioso-administrativo), dejando otras para la centuria siguiente.

Tal es el equívoco marco dentro del cual vienen interpretándose hechos incontrovertidos comunes a la generalidad de las experiencias europeas, como son la ausencia durante el siglo XIX de una cultura del procedimiento administrativo o, en lo que aquí importa, de un régimen de responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. El significado generalmente atribuido a esos hechos es inexacto porque lo son las bases a partir de las cuales se han interpretado. Aquella tradición disciplinar ha tenido así una suerte de efecto cegador en el sentido de que ha impedido entender cabalmente cómo y por qué se han formado algunas instituciones centrales del Derecho administrativo. En otro lugar me he ocupado de las verdaderas razones de la ausencia de una cultura del procedimiento administrativo en la Europa del siglo XIX, con la notable excepción de España¹²⁴. Aquí me he centrado en el problema de la responsabilidad civil del Estado por los ilícitos de los servidores públicos. En ambos casos me he beneficiado de la “nueva historia del Derecho”, esto es, de un “giro jurídico” que arroja un formidable cambio epistémico sobre cómo era el orden jurídico e institucional tanto de la monarquía tradicional como de las primeras experiencias constitucionales.

Durante las primeras décadas del siglo XIX, cuando la Administración era sobre todo un proyecto, no existía, desde luego, una responsabilidad directa del Estado por los ilícitos de sus funcionarios, pero hay que dejar de interpretar esta ausencia como efecto de un dogma absolutista heredado del pasado. Dado el contexto de continuidad de la monarquía, lo que hubo fue la natural prolongación de dispositivos propios del Antiguo Régimen, esto es, de un mundo sin Administración, como eran la indemnización con cargo al erario de daños sacrificiales y contractuales, así como la responsabilidad personal de los oficiales del rey por sus abusos y negligencias. Mecanismos que dispensaban una protección adecuada a la época.

En este contexto, no se concebía siquiera una responsabilidad directa de la Administración por ilícito funcional. A nadie se le ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico. El afán de los más garantistas era impulsar el viejo principio de responsabilidad personal de ministros y funcionarios; un principio antiquísimo que asociaban a las Cortes de Cádiz y al muy liberal Derecho angloamericano y que, según denunciaban, estaba siendo orillado en el Continente por efecto de la dinámica política y la autorización administrativa para procesar a los funcionarios.

Durante el último tercio del siglo XIX, el éxito del proyecto de construcción estatal hizo por completo inservible aquel paradigma de responsabilidad. Una actividad

¹²⁴ Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. (2023): “La cultura del procedimiento administrativo: Orígenes y razones de fondo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62.

administrativa intensiva, no es ya que produzca muchos daños anónimos, sin autor concreto localizable, es que resulta de suyo incompatible con un sistema de responsabilidad personal; responsabilidad que, en todo caso, había devenido prácticamente inexistente como consecuencia de la exigencia de autorización administrativa previa para procesar. Surge así la necesidad de instaurar un nuevo paradigma de responsabilidad, que permita al erario hacerse cargo, no solo de los daños sacrificiales y contractuales, sino también de los resultantes de culpas extracontractuales de los funcionarios y, en general, del mal funcionamiento de los servicios públicos. Antes del cambio de siglo ya había en España autores, preceptos legales y resoluciones judiciales adscritos a esta tendencia.

El tópicus de la inmunidad patrimonial del Estado apareció en los trabajos de los primeros teóricos de la responsabilidad estatal directa, precisamente para legitimarla. La idea de que el Estado venía disfrutando desde hace siglos de un privilegio de inmunidad patrimonial vinculado a una soberanía de origen trascendental, de suyo incompatible con el Estado de Derecho, no solo cuadraba con aquella tradición disciplinar, sino que daba soporte o justificación a la innovadora solución de la responsabilidad directa de la Administración.

La indicada solución despertará los recelos de una Administración acostumbrada desde sus orígenes a beneficiarse de un Derecho orientado a garantizarle una posición de superioridad: el Derecho administrativo. De tal manera que, a la vez que se elaboraba el nuevo modelo de responsabilidad, el Derecho administrativo ingenió mecanismos para desactivarlo, con el apoyo de algunos autores y la oposición de otros: 1) la vía administrativa previa y otras trabas procedimentales; 2) la exigencia de previsión legal específica para indemnizar el daño sacrificial; y 3) la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC en el sentido contrario a la responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos del común funcionario.

Consecuentemente, no es que Derecho administrativo arrastrase hasta mediados del siglo xx un dogma del absolutismo monárquico, tal como afirma aún hoy nuestra tradición disciplinar; es que el Derecho administrativo mismo, al crear y conformar la Administración como una nueva autoridad dotada de múltiples poderes y privilegios que interviene en las más variadas esfera de la vida social provocó la obsolescencia de la responsabilidad personal de los oficiales públicos, por un lado, y, por otro, configuró *ex novo* mecanismos que dificultaban el desarrollo del nuevo paradigma, limitando, cuando no negando pura y simplemente, la responsabilidad directa del Estado, tal como estaba ocurriendo también en otros países.

No quiero con ello excluir todo punto de conexión entre el Antiguo Régimen y el Derecho administrativo; aquel Derecho administrativo era en cierto modo una sublimación del ámbito de lo gubernativo de la monarquía tradicional, esto es, de ese reducido espacio dentro del cual los agentes del rey intervenían libremente aplicando razones de utilidad, sin condicionamientos jurídicos ni procedimentales. Pretendo más bien impugnar la interpretación de que el Derecho administrativo nació ya como un sistema de garantías que solo paso a paso pudo desmontar el viejo absolutismo monárquico, pues, más allá de que es rigurosamente inexacta, oculta que el

problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración es un fenómeno de los siglos XIX y XX.

En suma, la solución de indemnizar con cargo al erario los daños causados por culpas funcionariales topó en efecto con muchas dificultades, pero estas no las puso una supuesta tradición absolutista, sino el Derecho administrativo; no se vinculaban a la dificultad de superar viejas inercias del pasado, sino al proyecto decimonónico de construcción del Estado administrativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, F. (1886): *Tratado de Derecho administrativo español*, t. II, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
- AGUADO I CUDOLÀ, V. (1998): “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 329-362.
- AGÜERO NAZAR, A. (2007): “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, pp. 21-58.
- AGÜERO NAZAR, A. (2021): “Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas”, Dossier 2618-415x, en *Historiapolitica.com. El sitio web del Programa Interuniversitario de Historia Política*, en <https://historiapolitica.com>.
- ALCÁNTARA PÉREZ, A. y MORALES SERRANO, J. (1866): *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, t. I., Imprenta de J. E. Morete.
- ALESSI, R. (1964): *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- ANDRÉS UCENDO, J. I. y LANZA GARCÍA, R. (2024): “Estructura y tendencias del gasto de la hacienda real de Castilla en el siglo XVII”, *OHM: Obradoiro de Historia Moderna*, núm. 33, <https://doi.org/10.15304/ohm.34.10009>.
- AZCÁRATE, G. (1877): *El Self-government y la monarquía doctrinaria*, Librerías de A. de San Martín, Madrid.
- BERMEJO GIRONÉS, J. I. (1952): “Estudio preliminar”, en J. Mallol García, *Aspectos de la responsabilidad civil en la esfera de la Administración local*, Ediciones Orti, Valencia, 1952, pp. VII-XXX.
- BERNARD, P. (1878): *De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du Décret du 19 septembre 1870*, A Cotillon et C., Paris.
- BERTHÉLEMY, H. (1908): *Traité de droit administratif*, 5.^a ed., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris.
- BIGOT, G. (2012): “La responsabilité de l'administration en France. Histoire et théorie”, *Jus politicum*, núm. 8.
- BONASI, A. (1874): *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna.
- CÁRDENAS ESPEJO, F. (1843): “De la responsabilidad de los ministros”, *Revista de Madrid*, t. I, pp. 438-441.
- CÁRDENAS ESPEJO, F. (1850): “De la responsabilidad civil de los delitos según el Código penal”, *El Derecho moderno. Revista de jurisprudencia y Administración*, t. VIII, pp. 197-229.
- CARRÀ, M. (1994): “L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee”, en *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, D. Sorace (dir.), Il Mulino, pp. 29-74.
- CAZZETTA, G. (1991): *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano.
- CHIRONI, G. P. (1886-1887): *La colpa nel diritto civile odierno*, 2. t., Fratelli Bocca Editori, Torino, libro traducido al español por A. Posada (t. I, 1898) y C. Bernaldo de Quirós (t. II, 1904), Reus, Madrid, con segunda edición también en Reus de 1928.

- CIUDAD AURIOLES, J. (1920): *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Reus, Madrid.
- CLAVERO, B. (1995): “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 24, pp. 419-465.
- COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, 2 t., Librería Ángel Calleja, Madrid/Santiago de Compostela.
- CUESTA MARTÍN, S. (1894): *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1.º, Librería de Manuel Hernández, v., Salamanca.
- DELGADO MARTÍN, E. (1883): *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos*, tip. De M. Ginés Hernández, Madrid.
- DÍAZ RICO, J. C. (2025): *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford*, Dykinson, Madrid.
- DICEY, A. V. (1982 [1915]): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpression de la 8ª ed., coord. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis.
- DIEGO SAMPER, L. A. de (1954): “La responsabilidad en el régimen local”, en *Estudios al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, *Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 431-459.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009): ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 103-159.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2024): “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.
- DUGUIT, L. (1909): *La transformación del Estado*, trad. A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada.
- ECHEVARRÍA, L. (1892): *Responsabilidad civil: comentario a los artículos 1285 1293 del Código Civil*, tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Establecimiento tip.-Litográfico Oriental, Montevideo.
- ESCRICHE, J. (1874): voz “Autorización para procesar”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, con la participación de J. M.ª Biec, J. Vicente y Caravantes y L. Galindo y de Vera, nueva ed. reformada y aumentada, t. I, Imp. Eduardo Cuesta, pp. 922-923.
- FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.ª (1934): *Derecho administrativo*, Reus, Madrid.
- FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.ª (1957): “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, pp. 1-46.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1920): *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed. Bosch, Barcelona.
- FORTIN, M.-F. (2024): *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law History, and Crown Liability*, Oxford University Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1023-1166. Publicada como monografía: *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1956.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1969): “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Sayagués Laso*, Instituto Estudios Administración Local, t. IV, Madrid, pp. 873-907.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (1977): *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid; 17ª ed. de 2022.
- GARCÍA MARTÍN, J. (2010): “*Aufferre rem privati* o título versus potestas. La expropiación en los juristas castellanos del ius commune”, en *Historia de la propiedad. La expropiación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 99-193.
- GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *Instituciones de Derecho administrativo*, t. I, E. Heras, Sevilla.
- GARRIDO FALLA, F. (1989): “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 7-48.

- GARRIGA ACOSTA, C. (2007): “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen: la tradición jurisdiccional”, en *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, pp. 43-72.
- GARRIGA ACOSTA, C. (2009): “Gobierno y justicia: El Gobierno de la justicia”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 45-113.
- GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España, orígenes y destinos*, CEPC, Madrid, pp. 215-272.
- GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Doctrina General*, Imprenta Clásica Española, Madrid.
- GIL ROBLES, E. (1899): *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, Imprenta B. de la Torre, Salamanca.
- GIORGI, G. (1882): *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni: quasi contratti, fatti illeciti, legge*, ed. Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze.
- GIORGI, G. (1911): *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, vol. V, *Fuentes de las obligaciones: Cuasicontratos; Hechos ilícitos; Leyes*, traducido y anotado por el equipo de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid.
- GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *Diccionario general de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Tip. de los Huérfanos, Madrid.
- GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): “Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pp. 249-272
- GONZÁLEZ LOZANO, A. (1891): *La materia contencioso-administrativa*, Imp. E. Rubiños, Madrid; hay 2.ª ed. en Librería de Leopoldo Martínez, 1903.
- GONZÁLEZ NIETO, E. (1952): “Responsabilidad de las entidades locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 62, pp. 206-223.
- GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coord. J. M.ª Baño León, t. III, CEPC, Madrid, pp. 2719-2737.
- GUAITA MARTORELL, A. (1953): “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 6, 1/1953, p. 130. p. 94-132
- GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao.
- HESPANHA, A. M. (1989): *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus, Madrid.
- HESPANHA, A. M (1990): “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a revolução”, en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze – Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), vol. 1, Giuffrè, Milano. pp. 135-204.
- JORDANA DE POZAS, L. (1924): *Derecho administrativo*, IEAL, Madrid.
- LAFERRIÈRE, E. (1887-1888): *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault, Paris.
- LLINÁS ALFARO, D. (2012): “Proto-constitucionalismo indiano. La responsabilidad de la corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en *Constitucionalismo científico. Dinámicas globales y locales*, B. Marquardt (coord.), Temis, Bogotá, pp. 285-331.
- LEMPÉRIÈRE, A. (2019): “Constitución, jurisdicción, codificación. El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 57, pp. 1-34.
- LORENTE SARIÑENA, M. (2007): “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Universidad de Valencia, Valencia, t. 2, pp. 117-127.

- LORENTE SARIÑENA, M. (2009): “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. Jurisdicción Administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, *Historia y Política*, 22, pp. 15-44.
- LUQUE REINA, A. M. (2016): “Rule of Law a debate: Laski vs Dicey”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, pp. 193-209.
- MALAGÓN PINZÓN, M. (2008): *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MANNORI, L. Y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- MANRESA NAVARRO, J. M.^a (1907): *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid.
- MANTELLINI, G. (1880): *Lo Stato e il Codice civile*, vol. 1, Barbera, Firenze.
- MARIANA, J. de (1981 [1598]): *La dignidad real y la educación del rey. De rege et regis institutione*, CEC, Madrid.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1868): voz “daños”, en *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. V, 2^a ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 3-5.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): voz “Cargas de Justicia”, en *Diccionario de la Administración española*, t. II, 4.^a ed., pp. 151-168.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2007): *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*, UCM, Madrid.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2009): “De la pluralidad de fueros al fuero de la Administración (1834-1845)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 223-266.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2022): “*Gubernativas e insuplicables*”. *Competencias de jurisdicción entre Monarquía Judicial y Estado administrativo (1768-1848)*, Universidad Carlos III, Madrid.
- MAYER, O. (1982 [1895]): *Derecho administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires.
- MEDINA ALCOZ, L. (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor.
- MEDINA ALCOZ, L. (2022): *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.
- MEDINA ALCOZ, L. (2023): “La cultura del procedimiento administrativo: Orígenes y razones de fondo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023.
- MEUCCI, L. (1909): *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6.^a ed., ed. Fratelli Bocca, Torino.
- MOLINA, L. (1941 [1593-1600]): *Los seis libros de la justicia y el Derecho*, vol. 1, J. L. Cosano, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 3.^a ed., Iustel, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (2022): *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Iustel, Madrid.
- ORLANDO, V. E. (1893): “Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato”, *Archivio di Diritto Pubblico*, núm. 3, pp. 321-378.
- OSSENBÜHL, F. (1996): “La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coord. J. Barnés Vázquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, pp. 931-954.
- PACHECO, J. F. (1870): *El código penal concordado y comentado*, t. I, 4.^a ed., Imprenta de M. Tello, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1960): “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización administrativa previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 95-152.
- PELÁEZ DEL POZO, J. (1849): *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos*, Imprenta D. B. González, Madrid.
- PÉREZ SERRANO, N. (1976): *Tratado de Derecho político*, Civitas.

- PI SUÑER, J. M.^a (1951): “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración local, *Revista de estudios de la vida local*, núm. 55, pp. 38–48.
- POSADA, A. (1897): *Tratado de Derecho administrativo*, 1ª ed., t. I, Victoriano Suárez, Madrid.
- POSADA, A. (1909): “La Nueva Orientación del Derecho Político”, en *La transformación del Estado*, L. Duguit, traducción del propio A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 207-366.
- PRO RUÍZ, J. (2019): *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, pp. 617-626.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013): “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2018): “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, pp. 171-179.
- RODRÍGUEZ MOURILLO, M. (1926): *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la “Administración activa”. Reformas procedentes*, Impr. Del Asilo de los Huérfanos del S. C. de Jesús.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2023): “Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa en el Iusnaturalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 220, pp. 117-146.
- RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): “Concepto de la responsabilidad jurídica y su determinación legal en los casos de daños y perjuicios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 119, pp. 433-457.
- ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932-1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, pp. 615-661; parte II, núm. 62, pp. 71-102.
- SAAVEDRA FAJARDO, D. (1988 [1642]): *Empresas políticas*, Barcelona, Planeta.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1885): *Curso de Derecho administrativo*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984): “La teoría del órgano en el Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, pp. 43-86.
- SANTAYANA BUSTILLO, L. (1769): *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Eliseo Sánchez, Madrid.
- SAREDO, G. (1882): “Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari”, *Legge*, XXI, I, pp. 494 y ss.
- SOLLA SASTRE, M.^a J. (2011): *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- STARCK, B. (1958): “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, *Revue trimestrielle de droit civil*
- TOCQUEVILLE, A. (2023 [1835/1840]): *La democracia en América*, Trotta, Madrid.
- TOCQUEVILLE, A. (2004 [1856]): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza, Madrid.
- TENA YBARRA, J. I. (1951): “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 177-192.
- UBIERNA EUSA, J. A. (1912): *De la responsabilidad de los órganos del Estado*, ed. Mariano Nuñez Samper, Madrid.
- VACCHELLI, G. (1892): *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Hoepli, Milano.
- VALLEJO, J. (2009): “Concepción de la policía”, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, M. Lorente (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 117-144.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2010): “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *De Aranjuez a Cádiz: por la libertad y la Constitución. Bicentenario de La Junta Central Suprema 1808-2008*, Ayuntamiento de Aranjuez, Aranjuez, pp. 189-234.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *Controversiarum illustrium aliamque vsu frequentium: libri tres*, traducción de F. Rodríguez Alcalde, 4. t., Universidad de Valladolid.

- VITORIA, F. de (2007 [1529-1532]): *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid.
- ZACHARIÄ, K. E (1863): "Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, núm. 19, pp. 582-652.
- ZEVÁLLOS, J. de (1623): *Arte real para el buen gouierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos*, Imprenta de D. Rodríguez, Toledo.

