

El «deber jurídico de soportar el daño» extracontractual

A propósito de un concepto no definido en los artículos 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

§ 1. El «deber jurídico de soportar» un daño extracontractual puede originarse de causas diversas, así, si el riesgo realizado como daño no es un riesgo creado por el agente, si una causa de fuerza mayor irrumpe en un curso causal ordinario, etc. Pero, cuando el hecho es imputable al agente que causa el daño, el afectado por éste sólo está obligado a soportarlo en dos ocasiones, a saber: cuando el agente actúa en legítima defensa o bajo un estado de necesidad *defensivo*.

§ 2. La cosa parece no ser así en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Por dos veces (arts. 32.1 y 34.1) enfatiza la Ley 40/2015 que puede darse el caso de que el particular tenga un deber jurídico de

soportar el daño «de acuerdo con la ley». Y en el artículo 32.1 se expresa la idea de tal forma que parece que este deber puede ser el caso incluso cuando el daño se haya producido por un funcionamiento *anormal* del servicio público. Ha de advertirse ya que no existen leyes que impongan directamente a particulares un deber de soportar el daño [un confinamiento por epidemia es una *medida* restrictiva de derechos, pero no es de suyo un *daño*].

§ 3. La jurisprudencia contenciosa, en mi opinión, no conceptualiza bien el problema. Entre otras muchas, véase cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo del 2011 vincula el deber jurídico de soportar con la antijuridicidad del daño, de forma que el daño no

antijurídico genera el deber de soportar, con lo que, de ser consecuente, habría deber de soportar en todo daño generado por el funcionamiento normal de los servicios públicos, lo que es incorrecto. No es un problema de antijuricidad.

§ 4. Aunque la frontera entre el funcionamiento normal y el anormal es sinuosa [¿cuántos días de lista de espera para una intervención de leucemia pueden considerarse todavía un estado normal del servicio?], si damos por producido un funcionamiento anormal, ningún particular está sujeto al deber de soportar el daño que es objetivamente imputable a ese funcionamiento anormal, a pesar del tenor de artículo 32.1. Eso no quiere decir que siempre proceda una indemnización. No la hay cuando el daño no es evaluable [la espera prolongada sin más no es un daño mensurable] o cuando se trata de un daño *puramente económico* [cuando no se ha lesionado un derecho subjetivo como la vida, la propiedad, etc., y sólo se han producido pérdidas económicas] y *el volumen colectivo del daño no puede ser fraccionado entre todos los que estaban expuestos a él*. Así debe interpretarse *individualizado* (art. 32.2) en el caso de un funcionamiento anormal. Tampoco se indemniza cuando el daño final no es el realizado por el riesgo de funcionamiento anormal, sino, por ejemplo, por el riesgo preexistente de la enfermedad o del accidente fatal.

§ 5. Puede existir un deber de soportar daños producidos en el funcionamiento normal de la Administración, pero no siempre. Aquí el término *individualizado* no significa lo mismo que en el contexto de funcionamiento anormal. Un daño está individualizado a efectos del funcionamiento normal cuando supone la imposición de la carga pública de soportar a un sujeto o sujetos singularizados entre la masa de aquellos que *prima facie* también se benefician del servicio público, siempre que, también

aquí, se trate de un daño evaluable. Es ésta la razón que explica la diferencia entre la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de marzo del 2009 [se indemniza la pérdida de clientela del hotel por la realización de obras públicas] y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de julio del 2015 [no se indemniza la pérdida económica del hotel en circunstancias parecidas]. En este lugar, un daño resarcible es como una privación que debería haber sido objeto de un procedimiento expropiatorio, pero que, por la naturaleza de la «privación singular» del artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF), cursa más adecuadamente como daño resarcible por vía de responsabilidad patrimonial de la Administración (*cfr.* arts. 120 y 121 LEF). Ésta es la razón que explica que no sean indemnizables los daños económicamente no valuables y los daños puramente económicos sufridos por la ciudadanía a resultas de las medidas gubernamentales de confinamiento por el covid (SSTS, Sala Tercera, de 24 de abril del 2023, y de 29 de febrero del 2024). No, en cambio, si no se trata de un mero daño económico, sino de una requisa de bienes de dominio del afectado (STS, Sala Tercera, de 14 de febrero del 2025). La diferencia entre unos y otros daños es manifiesta en el artículo 3.2 de la Ley 4/1981 (estados de alarma, excepción y sitio).

§ 6. Ningún particular tiene un deber jurídico de soportar daños infligidos a un derecho subjetivo (propiedad, vida, integridad física) por un servicio público porque no existe ningún servicio público caracterizado por infligir típicamente daños en los bienes jurídicos de la ciudadanía como daños producidos por un funcionamiento normal del servicio. Se exceptúan los servicios por medio de los cuales se hace valer una facultad punitiva de pena o sanción porque existe una causa de justificación (cumplimiento de un deber), pero sobre todo porque la sanción es ya más resarcimiento que daño,

reacción a una cadena causal ilícita iniciada por el infractor.

§ 7. Una razón para dudar de esto último son los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos en el seno de los cuales el afectado esté con la Administración en una posición jurídica especial que le obligue

último recurso porque nadie tiene que soportar en solitario las cargas públicas.

§ 8. Por la razón antedicha está mal resuelta la controversia sobre *el perro y el ébola*. El funcionamiento del servicio público no ha devenido anormal, pero se produce o se causa (sacrificio de animales) un daño material en una posición jurídica individualizada (en el derecho de propiedad sobre animales, por ejemplo) y no hay supuesto paralelo de compensación expropiatoria en favor del afectado. La enfermera que contrae el ébola por contagio con un

paciente es propietaria o poseedora de un perro mascota que es sacrificado preventivamente por decisión de las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid. Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso) de 6 de abril del 2017, la comunidad no está obligada a indemnizar el daño moral «porque de las disposiciones a que se ha hecho anterior referencia se deriva la carga impuesta *con carácter general a todos los dueños o poseedores de animales* de soportar el sacrificio como medida de salvaguarda de salud pública». La sentencia es obviamente desacertada. Es cierto que todos los dueños de perros están expuestos a medidas como las de los artículos 8.1b, 17.1g y 20 de la Ley 8/2003, de Sanidad Animal, pero no a todos los dueños de perro se les ha sacrificado la mascota por esta razón. Hay un deber de soportar el sacrificio, pero no hay un deber de soportarlo sin indemnización (*cfr.* art. 21) porque de esa forma se sacrifica un derecho de propiedad singular en aras de la gestión de un servicio de interés general.

Ningún particular tiene un deber jurídico de soportar daños infligidos a un derecho subjetivo por un servicio público

a asumir riesgos extraordinarios en su vida o integridad física. Bomberos, policías, servicios de extinción forestal, etc., estas personas se resarcen de los daños por vías distintas de la responsabilidad patrimonial de la Administración, normalmente por vía contractual o estatutaria, pero se resarcen en todo caso. Igual ocurre con los daños que soporta *prima facie* el poseedor de suelos contaminados (art. 108 de la Ley 7/2022) o el daño justificado que sufre por el sacrificio de sus reses el ganadero o el particular en su animal de compañía (arts. 8.1b, 17.1g, 20 y 21 de la Ley 8/2003, de Sanidad Animal). También es el caso de los sacrificios impuestos por interés privado en la imposición de servidumbre forzosa: o el sacrificio se compensa en vía privada a modo de una expropiación en interés privado o, de no ser así, debe tratarse como una deuda de enriquecimiento. Lo que no puede ocurrir es que el daño a bienes jurídicos individualizados por funcionamiento normal no se esté compensando de alguna forma. En estos daños, la responsabilidad es un remedio irrecusable de