

SURGIMIENTO, CONSOLIDACIÓN, CRÍTICA Y SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA

ORIOL MIR PUIGPELAT¹
Universidad Pompeu Fabra

Cómo citar/Citation

Mir Puigpelat, O. (2025).

Surgimiento, consolidación, crítica y superación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración española.

Revista de Administración Pública, 228, 103-130.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.228.04>

Resumen

El presente trabajo examina la profunda evolución que el Derecho administrativo español ha experimentado en los últimos treinta años en el punto crucial relativo al supuesto carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la nota que lo ha definido históricamente y que lo singularizaba en el panorama de Derecho comparado y en relación con el Derecho privado. Tras exponer el amplio e intenso debate que se ha producido en España en torno a esta cuestión, y que ha sido objeto de alguna tergiversación reciente, se sostiene que el dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración puede considerarse, en la actualidad, superado, tanto por la doctrina como, incluso, por parte del Tribunal Supremo. En el trabajo también se apunta el papel que los distintos tipos de sesgos de los académicos y de los jueces han podido ejercer en dicho debate, y se destaca la interpretación no sesgada del Derecho español que efectúo hace ya veinticinco años Juan Carlos Henao, el ilustre jurista colombiano al que se rinde homenaje póstumo.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de la Administración; responsabilidad objetiva; sesgos; polémica doctrinal; Tribunal Supremo.

Abstract

This paper examines the profound evolution that Spanish administrative law has undergone in the last thirty years on the crucial point relating to the supposedly strict liability of public authorities, the feature that has historically defined it and set it apart in comparative law and in relation to private law. After presenting the extensive and intense debate that has taken place in Spain on this issue, which has been the subject of some recent misrepresentation, it is argued that the dogma of the strict liability of Spanish public authorities can now be considered abandoned, both by legal doctrine and even by the Supreme Court. The paper also notes the role that different types of bias among scholars and judges may have played in this debate, and highlights the unbiased interpretation of Spanish law made twenty-five years ago by Juan Carlos Henao, the distinguished Colombian scholar to whom posthumous tribute is paid.

Keywords

Liability of public authorities; strict liability; biases; doctrinal controversy; Supreme Court.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SURGIMIENTO, CONSOLIDACIÓN, CRÍTICA Y SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA: 1. Surgimiento. 2. Consolidación. 3. Crítica. 4. Superación. III. LOS SESGOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IV. LA VISIÓN NO SESGADA DEL DERECHO ESPAÑOL DE JUAN CARLOS HENAO.

I. INTRODUCCIÓN

La invitación que he recibido de la Universidad Externado de Colombia para participar en un homenaje póstumo a Juan Carlos Henao, rector de esta universidad, presidente de la Corte Constitucional y uno los mayores expertos de dicho país en materia de derecho de daños, me brinda la ocasión para reflexionar sobre la profunda evolución que el derecho español ha experimentado en los últimos treinta años en el punto crucial relativo al supuesto carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la nota que lo ha definido históricamente y que lo singularizaba en el panorama del derecho comparado y en relación con el derecho privado.

En las páginas siguientes sostendré que el dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración española puede considerarse, en la actualidad, superado, tanto por la doctrina como, incluso, por parte del Tribunal Supremo. Me ocuparé de ello en el apartado 2, donde repasaré con cierto detenimiento el amplio e intenso debate que se ha producido en España en torno a esta cuestión y que ha sido objeto de alguna tergiversación reciente.

Tras efectuar una sucinta referencia al papel que los distintos tipos de sesgos de los académicos y los jueces han podido ejercer en dicho debate (apartado 3), el trabajo concluirá aludiendo a la clarividencia de Juan Carlos Henao, quien ya hace veinticinco años apuntó la interpretación que debería haberse hecho, desde un primer momento, de la cláusula de la responsabilidad por «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» que rige el sistema español desde 1954 (apartado 4).

Antes resulta imprescindible efectuar una precisión terminológica, fundamental para evitar los muchos equívocos que se han generado y siguen generándose en este tema. Por «responsabilidad objetiva» entiendo lo mismo que se entiende habitualmente en derecho penal, en derecho civil de daños y en el derecho com-

parado de la responsabilidad patrimonial de la Administración: como la responsabilidad que surge con independencia de cómo haya actuado el sujeto causante del daño, esto es, la que surge aun cuando el sujeto haya actuado con arreglo al estándar de diligencia que le es en cada caso exigible. Este tipo de responsabilidad, conocida en el ámbito anglosajón como *strict liability* (y, en Alemania, Francia e Italia, como *Gefährdungshaftung*, *responsabilité sans faute* y *responsabilità oggettiva*), se encuentra establecida por el legislador en España y muchos otros países en ámbitos específicos como la circulación de vehículos a motor, la caza, la energía nuclear, la fabricación de productos defectuosos o la causación de daños ambientales por las empresas, ámbitos en los que el agente causante del daño lleva a cabo una actividad especialmente peligrosa u obtiene un beneficio económico y donde se justifica endurecer la regla general de responsabilidad por culpa de la que parte el derecho civil de daños (en España, mediante la cláusula general del art. 1902 del Código Civil de 1889 —CC¹—).

No encaja en dicho concepto de responsabilidad objetiva, por tanto, un sistema de responsabilidad por culpa (o funcionamiento anormal o falta/falla de servicio, en las expresiones funcionalmente equivalentes que manejan los sistemas español, francés y colombiano de responsabilidad patrimonial de la Administración) basado en una culpa objetivada o en que tenga lugar una inversión de la carga de la prueba de la culpa. Estos otros conceptos de responsabilidad objetiva, poco habituales, han sido mantenidos en sus últimos trabajos —no así en los anteriores, donde empleaban la expresión sin conferirle expresamente este sentido—, por Jesús Leguina² y Tomás-Ramón Fernández³, respectivamente.

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

² Jesús Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, págs. 677-678. No era ese el significado con que manejaba la expresión en trabajos previos como, p. ej., Jesús Leguina Villa (1979), «El fundamento de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 23, págs. 523 y ss., o Jesús Leguina Villa (2000), «Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México: Instituto Nacional de Administración Pública, <https://is.gd/DopMH6>., págs. 10-13, donde no se equiparaba a una mera culpa objetivada.

³ Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (2021), «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, pág. 184. Tampoco era ese el sentido (como mera inversión de la carga de la prueba de la culpa) con el que este autor manejó previamente la expresión en las primeras ediciones de su capítulo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del influyente *Curso de Derecho Administrativo*, elaborado junto a Eduardo García de Enterría. Según los créditos del *Curso*, la «redacción base» de dicho capítulo correspondía en tales ediciones a Tomás-Ramón Fernández.

II. SURGIMIENTO, CONSOLIDACIÓN, CRÍTICA Y SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA

A mi modo de ver, cabe identificar cuatro grandes fases en la evolución de la (supuesta, como veremos) responsabilidad objetiva de la Administración española. Curiosamente, se trata de una evolución interpretativa, porque la cláusula general de derecho positivo es sustancialmente la misma desde hace setenta años: desde 1954, los sucesivos arts. 121.1 LEF⁴, 40.1 LRJAE⁵, 139.1 LRJPAC⁶ y el vigente 32.1 LRJSP⁷ disponen, en términos prácticamente idénticos, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento *normal o anormal* de los servicios públicos».

1. SURGIMIENTO

La primera fase, de *surgimiento* de la supuesta responsabilidad objetiva, abarca desde la aprobación de la LEF en 1954 hasta los años setenta, en que el nuevo régimen legal empezó, por fin, a ser aplicado por los tribunales, reacios hasta entonces a condenar a la Administración por los daños que pudiera causar a

⁴ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa: «Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

⁵ Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Pùblicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

⁷ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Pùblico: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Pùblicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

los particulares, con o sin culpa⁸. El referido art. 121.1 LEF, y el art. 40.1 LRJAE que poco después consolidaría a nivel legislativo el nuevo sistema de responsabilidad de la Administración, declaraban el derecho a indemnización por los daños derivados tanto de su funcionamiento normal como anormal, sin efectuar ulteriores distinciones ni recoger los títulos concretos de imputación que Eduardo García de Enterría, autor material del primero de ambos preceptos, enumeró en la obra dedicada a interpretarlo⁹.

Aunque, años después, tras las críticas a que luego se aludiría, García de Enterría señalara que no había sido su intención establecer un sistema de responsabilidad tan amplio, y que cuando en su *Curso* se calificaba a la responsabilidad de «objetiva» no se pretendía aludir a la responsabilidad objetiva habitualmente contrapuesta a la responsabilidad por culpa, sino al carácter objetivo de la anti-juridicidad del daño¹⁰, lo cierto es que el tenor literal de los arts. 121.1 LEF y 40.1 LRJAE, la amplitud de la formulación de los referidos títulos de imputación (sobre todo en su *Curso*, cuyo tomo II apareció en 1977), el empleo sin mayores precisiones de la expresión «responsabilidad objetiva» y el gran énfasis que puso en sus obras en la radical novedad que el nuevo sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración representaba frente a la regla general de la responsabilidad por culpa del derecho privado podían dar pie, como así fue, a la formación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración. En la edición de 1993 de la que entonces era la obra de referencia del derecho administrativo español aún podía leerse lo siguiente, bajo el explícito epígrafe de «[l]a configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración»:

Por otra parte, la cláusula general vigente prescinde, también —*y esto es decisivo*—, del elemento tradicional de ilicitud o culpa, que sigue siendo en Francia el eje del derecho común de la responsabilidad de la Administración, para articularse como una *responsabilidad puramente objetiva*, lo que sitúa a nuestro ordenamiento

⁸ Como constataba todavía en 1970 amargamente Eduardo García de Enterría en su prólogo a la tesis doctoral de Jesús Leguina (Eduardo García de Enterría (1970), «Prólogo», en Jesús Leguina Villa, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, págs. 13-25). Véase también, entre otros, Leguina (2000, págs. 5-7) o Luis Martín Rebollo (1999), «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, págs. 336-337.

⁹ Eduardo García de Enterría (1984), *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas (reimpresión de la edición publicada por el Instituto de Estudios Políticos —Madrid— en 1956), págs. 206-217. En la pág. 5 del prólogo a esta reedición de 1984 señala que fue él quien, como miembro de la comisión que elaboró la LEF, redactó dicha cláusula general.

¹⁰ Eduardo García de Enterría (2002), «Prólogo», en Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid: Civitas. Disponible en: <https://is.gd/IrosuF>, págs. 19-21.

a la vanguardia del derecho comparado, como el primero quizá que se ha aproximado, en el ámbito de los daños imputables al funcionamiento administrativo, a la profecía que Duguit hiciera hace más de medio siglo [...]

En síntesis —dice *certeramente* el Auto de 10 de febrero de 1972— *basta* la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, *sin que se requiera otro requisito* que la relación de causalidad entre el acto y el daño y *prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador del daño*» (cursivas añadidas, salvo la de la última frase)¹¹.

García de Enterría y Fernández Rodríguez reconocieron, ya en 1998, que:

[e]s posible, incluso, que a esos equívocos y malentendidos [«que han venido a proyectar una cierta sombra sobre el sistema legal en los últimos años»] hayan contribuido algunas afirmaciones nuestras, que formulamos en términos demasiado rotundos, quizás, en ediciones anteriores de esta obra en nuestro afán de hacer inteligible un sistema legal que tan llamativamente se aparta de los planteamientos tradicionales. Iremos, pues, con cuidado ahora¹².

En esa edición de 1998 y en sucesivas todavía calificaban a la responsabilidad patrimonial de la Administración española como «objetiva», sin precisar que manejaban el adjetivo con un sentido distinto del habitual en el derecho de daños¹³.

2. CONSOLIDACIÓN

La segunda fase evolutiva fue la de *consolidación* de la supuesta responsabilidad objetiva de la Administración. Esta fase se inicia con la jurisprudencia de los años setenta que empezó a condenar con naturalidad a la Administración y llega hasta mediados de los años noventa. En este período se incluyó la cláusula general de responsabilidad en el art. 106.2 de la Constitución española de 1978 (CE), recibiendo el máximo respaldo normativo en el nuevo sistema democrático (aunque dicho precepto alude genéricamente al funcionamiento de los servicios

¹¹ García de Enterría y Fernández Rodríguez (1993, págs. 370-372).

¹² García de Enterría y Fernández Rodríguez (1998, pág. 372).

¹³ También Medina, quien más ha hecho para defender el planteamiento original de García de Enterría y Leguina frente a su «recepción defectuosa» por parte de la «generalidad» de la doctrina y la jurisprudencia posterior, señala como una de las causas de su «defectuoso entendimiento» «la ambigüedad de determinados planteamientos teóricos» contenidos en sus obras —Luis Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid: Thomson Reuters Civitas, págs. 116-171, detallando tales ambigüedades en las págs. 161-164—.

públicos, sin aludir expresamente al funcionamiento «normal» que daba cobijo a la responsabilidad objetiva, y remite para su concreción a «los términos establecidos por la ley»)¹⁴, y, en 1992, en el ya citado art. 139.1 LRJPAC.

Fue en dicho período cuando la responsabilidad objetiva de la Administración se erigió en un auténtico dogma, concibiéndose como un elemento positivo y diferencial del derecho administrativo español, al que se consideraba que tendrían tarde o temprano todos los países de nuestro entorno, y que mereció un apoyo doctrinal prácticamente unánime¹⁵. El estudio de los distintos títulos de imputación que en su momento formuló García de Enterría cayó en el olvido y pareció resultar indiferente, a efectos resarcitorios, que la Administración hubiera actuado de forma correcta (normal) o incorrecta (anormal), como, por otro lado, es propio de un sistema de auténtica responsabilidad objetiva.

Durante esos años, solo Garrido Falla se atrevió a cuestionar abiertamente el dogma y a afirmar que, como regla general, la Administración española solo debía responder en caso de funcionamiento anormal, desencadenando el funcionamiento normal el deber resarcitorio únicamente en una serie de supuestos acotados determinados por el legislador y la jurisprudencia¹⁶.

Expresiva de este dogma es la muy frecuente afirmación de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo en cuya virtud, a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta «indiferente» la calificación de la actuación administrativa como funcionamiento normal o anormal. Como ha reiterado dicho tribunal en multitud de ocasiones (y siguiéndole, muchos otros órganos jurisdiccionales inferiores):

[P]ara apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea con-

¹⁴ Según dicho precepto constitucional: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

¹⁵ Una relación detallada de los principales trabajos doctrinales de la época que contribuyeron a la consolidación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración española puede encontrarse en Medina (2005, págs. 154-156). Muchos procedían de miembros de la «Escuela de Enterría», muy mayoritaria en aquella época, que consideraron que, con ello, seguían al maestro y a Tomás-Ramón Fernández en sus planteamientos.

¹⁶ Fernando Garrido Falla (1976), «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública*, 81, págs. 13-15; Fernando Garrido Falla (1989), «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista de Administración Pública*, 119, págs. 12 y 32-35; Fernando Garrido Falla (1992), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 10^a ed., Madrid: Tecnos, págs. 261-273 (y ediciones anteriores).

secuencia del funcionamiento normal o anormal —*es indiferente la calificación*— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor, y, d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta¹⁷.

El mantenimiento del dogma fue posible mientras los tribunales no lo aplicaron realmente. Durante los años setenta y ochenta, eran todavía escasas las condenas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tras la inercia derivada de la inicial resistencia judicial a aplicar el nuevo régimen legal instaurado en 1954, eran aún pocas las reclamaciones que llegaban a los tribunales del orden contencioso-administrativo, y cuando lo hacían se trataba habitualmente de casos de funcionamiento anormal de la Administración¹⁸. El ámbito material en que primero se dispararon las reclamaciones, el de los daños ocasionados por la sanidad pública (donde llegó a hablarse de una «rebelión de los pacientes», tras el punto de inflexión producido a finales de los años setenta), quedaba en esa época sujeto normalmente a los tribunales del orden civil, en virtud de la interpretación extensiva (y cuestionada por la doctrina administrativista) que estos realizaban del entonces vigente art. 41 LRJAE¹⁹. Y dichos tribunales aplicaban invariablemente a la Administración sanitaria el mismo rasero de responsabilidad por culpa del art. 1902 CC que aplicaban a los hospitales privados. Afirmar enfáticamente el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración no tenía mayores consecuencias y salía, literalmente, gratis.

3. CRÍTICA

La situación cambió drásticamente cuando la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo llevó el dogma a sus últimas consecuencias y aplicó un auténtico estándar de responsabilidad objetiva a los daños causados por la sanidad pública en la famosa Sentencia de 14 de junio de 1991 sobre los aneurismas gigantes²⁰. En dicha sentencia, el Alto Tribunal confirmó la condena al entonces competente Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) declarada por

¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3418), FJ 2 (cursivas añadidas). Esta es la más antigua de la larga lista de 147 sentencias de dicha Sala que aparecen en la página web del CENDOJ (<https://is.gd/aG53cH>) cuando se busca la conocida expresión jurisprudencial «funcionamiento normal o anormal —*es indiferente la calificación*—» en su campo de texto libre.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Garrido Falla (1989, págs. 32-41), considerando que en muchos de ellos no se habría concedido indemnización de haber actuado correctamente la Administración.

¹⁹ Oriol Mir Puigpelat (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid: Civitas, <https://is.gd/crcG1k>, págs. 30 y 38.

²⁰ ECLI:ES:TS:1991:3260.

el tribunal de instancia en el caso de una intervención quirúrgica practicada con arreglo a la *lex artis* que provocó graves secuelas en la paciente (o empeoró las que en todo caso habría sufrido por el estado de salud en que se encontraba). Según el relato de hechos probados de la sentencia de instancia y que el Tribunal Supremo hace suyo, ante una paciente que llegó al hospital en un «estado de gravedad extrema» con un aneurisma gigante en ambas carótidas, y ante la imposibilidad de reducirlos ambos al mismo tiempo, el cirujano optó por comenzar por el del lado derecho. «La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima dentro de las reglas de la *lex artis*), resultó *a posteriori* y a nivel de experiencia desacertada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación» (Antecedente tercero). El Tribunal Supremo confirmó sin matices la sentencia de instancia (que había reducido la cantidad solicitada por los recurrentes al excluir los daños que habrían derivado en todo caso de la «gravísima situación clínica» de que partía la víctima y los que surgieron de las complicaciones posteriores que sufrió), invocando expresamente el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración sanitaria y no sanitaria. Vale la pena transcribir los dos únicos párrafos que el Tribunal Supremo dedicó al fondo del asunto:

Tercero: [Se trata de] un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración que, *por su cualificado carácter objetivo*, en general no consiente motivos enervantes de la necesidad de declararla —como, por vía de ejemplo, la falta de dolo, culpa, impericia o negligencia de los agentes del servicio público con ocasión de cuya prestación se produjo el hecho lesivo llamado a reparar—, pues sólo en casos muy cualificados también, en concreto los de fuerza mayor o de una conducta eficiente del propio perjudicado, legalmente puede excluirse, ya que éste es el sentido de los arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; eventos excepcionales que ni siquiera se alegan por la parte recurrente, por lo que *nada importa que por la jurisdicción penal se hubiera estimado, en su día, que los facultativos actuantes en la operación quirúrgica* con ocasión de la cual se produjo la situación crítica determinante del irreversible resultado lesivo de cuya reparación se trata *lo hicieran correctamente*, como también hizo ver oportuna, acertada y razonadamente la Sala sentenciadora en el proceso en que se actúa, tras de una pormenorizada exposición sobre aquel carácter de la responsabilidad administrativa, de la evolución doctrinal y jurisprudencialmente producida sobre el tema y de la *total irrelevancia que para estos casos tiene que el funcionamiento de la Administración fuera normal o anormal*, en función de cuyas premisas, para adoptar su decisión, partió «de la falta de culpabilidad del doctor que intervino el 17 de septiembre a doña Amparo», porque «su conducta no ha sido enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto a otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia en la producción de un resultado», y ello porque «lo único relevante para la Sala ha de ser a incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención qui-

rúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible, tampoco, efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto, por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones, contrastados además con la opinión de acreditados profesionales españoles y extranjeros» (FJ 3, cursivas añadidas).

Cuarto: Es que, como en la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1991 hemos explicado —precisamente con ocasión de otro recurso de apelación, en que el propio Instituto Nacional de la Salud insistía en la correcta conducta de los facultativos concretamente encargados de prestar el servicio público que corre a su cargo—, «alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia, resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervenientes, porque, en definitiva, *es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo* tal que hace muy difícil en la práctica —y, a la vez, innecesaria— la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público en el más lato sentido de la expresión, *con desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza*», de suerte que, por todo ello y dando por íntegramente reproducidas las incontestables consideraciones jurídicas de la Sentencia apelada, procede que la misma se confirme, incluso en la determinación del *quantum* de la indemnización y abono de gastos por ella establecido, el cual no ha sido objeto de expresa impugnación (FJ 4, cursivas añadidas).

La reacción doctrinal ante esta sentencia *se hizo* esperar, y no provino de la doctrina administrativista, sino de un brillante civilista especializado en derecho de daños, Fernando Pantaleón, quien, autocalificándose de *outsider*, no dudó en cuestionar el férreo dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria y no sanitaria. En un artículo célebre de 1994, expuesto en el propio Seminario que dirigía García de Enterría en la Universidad Complutense, se valió de dicha sentencia para someter el dogma a una crítica implacable, considerando que no tenía ningún sentido someter a la Administración sanitaria a un régimen tan amplio de responsabilidad, cuando en la sanidad privada no solo no se habría condenado al hospital, sino que incluso le habrían cobrado la intervención a la paciente²¹. Entendía que debía reinterpretarse la cláusula del «funcionamiento normal» de los servicios públicos prevista por la legislación española desde 1954 y reservarla únicamente para los supuestos de responsabilidad por riesgo previstos expresamente por el legislador y para los que denominaba «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», aquellos que son «consecuencia inmediata o directa de

²¹ Fernando Pantaleón Prieto (1994), «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, *passim*, con muchos otros argumentos.

actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión» y que «represent[a]n para quien los padece un sacrificio individualizado que no le [es] exigible soportar» (poniendo como ejemplos el de los daños ocasionados a los propietarios colindantes como consecuencia de la ejecución de obras públicas o de la reforma de las vías públicas, y el del coche que es destruido por la policía ante la sospecha de que contiene un artefacto colocado por unos terroristas y que está a punto de estallar)²².

La sentencia apuntada sentaba, en efecto, un precedente potencialmente explosivo, por la enorme cantidad de actos médicos que tienen lugar cada día en los hospitales públicos españoles y los daños, a menudo graves, que inevitablemente ocasionan en un número porcentualmente bajo, pero cuantitativamente elevado de casos. Por otro lado, la sentencia daba alas a la aplicación rigurosa de la responsabilidad objetiva en los múltiples ámbitos de actuación administrativa distintos del sanitario, con un coste potencialmente inasumible para las arcas públicas.

La crítica de Pantaleón tuvo un fuerte impacto en la doctrina administrativa española del momento, rompiendo el amplio consenso hasta entonces reinante. En el período transcurrido entre su publicación y el año 2000, autores destacados como Parada, Parejo, Jiménez-Blanco, Ortega, Martín Rebollo, Garrido Falla, Casino, Magide y Desdentado Daroca la suscribieron expresamente, y otros como Gómez Puente, Entrena, Font, López Menudo, Gamero o Santamaría se mostraron también partidarios de limitar el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración²³.

En cambio, otros autores también muy relevantes, como García de Enterría y Fernández Rodríguez, Leguina, Muñoz Machado, Beladiez, Cueto, Villar Rojas y Jordano Fraga, entre otros, salieron al paso de la crítica de Pantaleón y defendieron, de distintas formas (en algunos casos de manera muy contundente²⁴), la

²² Pantaleón (1994, págs. 244-253).

²³ Las referencias de los trabajos respectivos pueden encontrarse en Mir (2002, págs. 30-32).

²⁴ «Hoy nadie cuestiona con un mínimo de rigor la naturaleza directa y objetiva de la responsabilidad administrativa ni se discuten los saludables efectos que esta garantía patrimonial ha producido en el sistema de relaciones entre ciudadanos y Administración, por más que sea lícito censurar las soluciones alcanzadas –por defecto o por exceso– en determinados casos concretos. [...] No hay, por tanto, motivos serios de alarma ni razones de peso que justifiquen la rectificación del sistema» (Jesús Leguina Villa (1997), «Prólogo», en Margarita Beladiez Rojo, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Tecnos, págs. 16-17). «¿Es preciso matizar la fórmula ‘funcionamiento normal de los servicios públicos’ para impedir que se pueda apoyar en ella este efecto expansivo de la responsabilidad, o por el contrario conviene mantener la situación establecida y aún robustecerla? Mi opinión es que ni un solo paso atrás debe darse» (Santiago Muñoz Machado, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria [Algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad

interpretación tradicional, negando la necesidad de una redefinición de los rasgos básicos de la responsabilidad de la Administración española y que debiera dejar de concebirse como una responsabilidad objetiva²⁵. Consideraron que los excesos en que eventualmente pudiera haber incurrido la jurisprudencia podían ser evitados con una adecuada comprensión de los requisitos del daño antijurídico y de la causalidad. Es muy importante señalar, a nuestros efectos, que ninguno de estos autores afirmó que coincidiera en lo sustancial con el planteamiento de Pantaleón y que simplemente se había producido un malentendido terminológico sobre el sentido que debía darse a la expresión «responsabilidad objetiva».

Las espadas seguían en alto, y el debate versaba en torno a si debía o no corregirse (por vía interpretativa o legislativa) la responsabilidad objetiva que, según la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia de la época, se desprendía, *de lege lata*, de la cláusula general del entonces vigente art. 139.1 LRJPAC. Como señaló Medina poco tiempo después:

[...]a mayoría de los autores que, desde los años setenta del siglo fenecido, se han referido al novedoso sistema [instaurado por la LEF], coinciden en afirmar que la voluntad histórica del Legislador y la de los profesores citados [García de Enterría y Leguina] era instaurar un sistema de responsabilidad objetiva global sin distinción de casos ni ámbitos de actividad que, radicalmente desprendido del elemento culposo, sólo reconocía como circunstancias exoneradoras la fuerza mayor, el hecho de tercero y la culpa de la víctima²⁶.

Yo mismo tuve una participación destacada en dicho debate mediante dos monografías que le dediqué en los años 2000²⁷ y 2002²⁸. La primera fue el resultado de la tesina que antes se exigía elaborar a quienes iniciaban su actividad investigadora en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad

civil», en Alberto Jorge Barreiro y Diego Gracia Guillén (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario. Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, págs. 217-218). La crítica de Pantaleón carece de «fundamentos sólidos», es «regresiva y neoliberal» y consiste en «consideraciones más ideológicas que jurídicas» (Jesús Jordano Fraga (1999), «La reforma del art. 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, 149, págs. 323-327).

²⁵ Las referencias de los demás trabajos que dichos autores elaboraron en el referido período 1994-2000 pueden encontrarse nuevamente en Mir (2002, págs. 33-36).

²⁶ Medina (2005, pág. 154), citando a continuación (págs. 154-158) a más de treinta autores españoles, prácticamente todos los que habían hecho aportaciones relevantes en la materia hasta ese momento.

²⁷ Mir (2000).

²⁸ Mir (2002).

de Barcelona, y la segunda constituyó mi tesis doctoral, que defendí ante un tribunal presidido, precisamente, por García de Enterría. Mi primera reacción, como joven administrativista que iniciaba su andadura académica en el marco de la Escuela de Enterría, fue la de contemplar con cierto recelo las críticas formuladas por un civilista como Pantaleón y considerar que debería ser suficiente con afinar las categorías de la imputación y la causalidad para evitar los excesos por él denunciados. A tal fin, dediqué mi primera monografía a aplicar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, con las debidas adaptaciones, la teoría penalista de la imputación objetiva²⁹, a mi juicio más rigurosa que las teorías de la causalidad empleadas por la doctrina administrativista. Elegí, como campo de pruebas, el de la sanidad pública, por la polémica que había suscitado, aunque mi planteamiento tenía y tiene un alcance general.

La distinción que allí propuse entre dos niveles de imputación y la aplicación al segundo de la teoría de la imputación objetiva (diferenciando la causalidad naturalística de los criterios normativos de imputación que esta última ofrece) me pareció un avance. Pero un avance insuficiente. Aunque dicha construcción dogmática proporcionaba una mayor profundidad analítica y enmarcaba mejor los distintos problemas que se plantean, al ser aplicada en el contexto de una responsabilidad objetiva³⁰ seguía conduciendo a resultados excesivos, obligando a la Administración a indemnizar en supuestos en que no tenía sentido hacerlo. Pantaleón tenía razón: había que limitar los casos en que la Administración debía responder de forma objetiva, por su funcionamiento normal. A ello le dediqué mi segunda monografía, donde esgrimí una gran cantidad de argumentos contrarios a la responsabilidad objetiva de la Administración y propuse una reforma legislativa que estableciera con claridad que la Administración, como regla general, solo responde en caso de funcionamiento anormal; que introdujera supuestos típicos y acotados de responsabilidad objetiva, debidamente justificados, como en derecho privado; que invirtiera la carga de la prueba del mal funcionamiento de la Administración en ámbitos como, p. ej., el sanitario; y que potenciara la elaboración de estándares normativos de diligencia administrativa (protocolos médicos, cartas de servicios, etc.), que permitan identificar con mayor precisión los supuestos de funcionamiento anormal y faciliten la tarea de los jueces, reduciendo la indeterminación del sistema vigente³¹.

²⁹ Partí para ello de Santiago Mir Puig (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10^a ed., Barcelona: Reppertor, págs. 245-264.

³⁰ Lo que no sucede en derecho penal (o en derecho civil, en los supuestos de responsabilidad por culpa), donde la teoría de la imputación objetiva no basta y se requiere además que concurran dolo o culpa para que surja la responsabilidad.

³¹ Con posterioridad, concreté estos y otros muchos aspectos que podría contener una reforma legal ambiciosa en Oriol Mir Puigpelat (2009), «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en Joaquín Ortiz Blasco y Petra Mahillo García (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de las Adminis-*

En ambas monografías partí de la premisa, como prácticamente toda la doctrina y la jurisprudencia de la época, de que la ley, al hacer surgir la responsabilidad tanto por funcionamiento normal como anormal, establecía la responsabilidad objetiva de la Administración, una premisa que no me atreví a cuestionar *de lege lata* y que combatí enérgicamente en el plano *de lege ferenda*. Para ilustrar con mayor claridad lo que ello significaba, me referí a dicha responsabilidad como una responsabilidad objetiva «global», esto es, una responsabilidad que surge en todos y cada uno de los sectores y tipos de actuación administrativa con independencia de si ha existido o no funcionamiento anormal. Este efecto no fue una invención mía³², sino que es el que se desprendía de calificar genéricamente a la responsabilidad de la Administración española como una «responsabilidad objetiva», como venía haciendo, según se ha visto, toda la doctrina y la jurisprudencia: una responsabilidad que solo fuera objetiva *en determinados casos* no habría podido (o no habría debido) ser calificada genéricamente de objetiva y no habría merecido ni la crítica de Pantaleón ni la de los muchos administrativistas que nos adherimos a ella. Medina acuñó con posterioridad un concepto similar, el del «panobjetivismo»³³, para aludir a esta concepción tradicional que yo denominé responsabilidad objetiva «global». La expresión que acuñé cumplió, sin duda, la función explicativa que le asigné, porque permitió que la doctrina administrativista por fin comprendiera lo que implicaba, en derecho de daños, calificar genéricamente a la responsabilidad de la Administración como objetiva.

traciones Pùblicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, <https://is.gd/oVuPay>.

³² Como ha sugerido veinte años después, a mi juicio sin ningún fundamento, Fernández Rodríguez (2021, págs. 176 y ss.). Pretender que yo he sido el artífice de la responsabilidad objetiva de la Administración española, cuando he sido uno de sus mayores críticos, no parece que tenga mucho sentido, y solo puede convencer a quien no conozca el debate doctrinal en que tercieron mis trabajos o no sepa lo que significa la responsabilidad objetiva en derecho de daños. No lo creyó, desde luego, García de Enterría, en el prólogo que hizo para mi segunda monografía (al que me volveré a referir de inmediato, y al que no se hace, sorprendentemente, ninguna referencia en el referido artículo), ni el propio Tomás-Ramón Fernández cuando recogió mi planteamiento en las ediciones del *Curso* posteriores a la publicación de la misma reconociendo «el serio fundamento» de mi crítica y la de Pantaleón (todavía hoy en Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (2024), *Curso de Derecho Administrativo, II*, 18^a ed., Madrid: Civitas, versión electrónica sin paginar).

³³ Medina (2015, *passim*); en la actualidad, junto a Doménech, en Gabriel Doménech Pascual y Luis Medina Alcoz (2025), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en Francisco Velasco Caballero y Mercè Darnaculleta Gardella (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, 3^a ed., Madrid: Marcial Pons, <https://doi.org/10.37417/MaDerAdm/L01>.

En trabajos posteriores, ante las dificultades de acometer la ambiciosa reforma legislativa que propuse³⁴, me he conformado con auspiciar —mientras no llega dicha reforma— un cambio en la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la ambigua cláusula general³⁵. Dicho cambio ha tenido lugar, sin duda, en los últimos años, como se verá a continuación.

4. SUPERACIÓN

El dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración puede considerarse hoy *superado* por la doctrina española. Aunque todavía haya quien, por la inercia heredada de tantos años, caracterice al español como un sistema de responsabilidad objetiva, lo cierto es que la doctrina especializada, tras el intenso debate a que se ha hecho referencia, coincide en señalar que no lo es ni debe serlo en los términos con que se define habitualmente la responsabilidad objetiva en derecho privado y en derecho público comparado. Pese a que no haya variado la formulación legal de la cláusula general, ya nadie sostiene que resulte indiferente cómo ha actuado la Administración y que esta, por tanto, responda siempre de forma objetiva, a diferencia de lo que sucede en derecho privado. Al igual que en otros países, la responsabilidad por funcionamiento normal se reserva a supuestos acotados como los relacionados con la generación de riesgos especialmente elevados o la causación deliberada de daños cuasiexpropiatorios, en los que se ocasiona un sacrificio especial al afectado en beneficio de la colectividad, en la línea que también señaló Pantaleón. Fuera de tales supuestos, muy excepcionales en la práctica, es el funcionamiento anormal de la Administración el que se erige en

³⁴ Como es sabido, la derogación y sustitución en 2015 de la LRJPAC por las vigentes leyes 39 (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas) y 40/2015 (LRJSP), ampliamente criticada por la doctrina por su precipitado proceso de aprobación y falta de ambición, solo introdujo novedades reseñables en lo atinente a la responsabilidad del Estado por leyes inconstitucionales y contrarias al derecho de la Unión. Sobre tales novedades, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que pretendieron limitar y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 (*Comisión Europea c. Reino de España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503), que las ha considerado en gran medida incompatibles con el derecho de la Unión, puede verse Gabriel Doménech Pascual (2022), «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *InDret*, 4, con ulteriores referencias.

³⁵ Oriol Mir Puigpelat (2008), «Responsabilidad objetiva *vs.* funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, <https://is.gd/2pE0b1>, págs. 646-647; Oriol Mir Puigpelat (2020), «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración. Las bases constitucionales y legales del sistema de responsabilidad tras la controvertida STC 112/2018», *Revista de Administración Pública*, 213, págs. 35-36 y 46-47.

el título fundamental de imputación de daños a la Administración, como ocurre también en derecho comparado.

Para alcanzar este consenso fue determinante, a mi modo de ver, el prólogo que García de Enterría elaboró para mi segunda monografía. En él, además de señalar, como ya se ha indicado con anterioridad, que nunca había sido su intención establecer un tipo de responsabilidad tan amplio, y reconocer la excesiva rotundidad de algunas afirmaciones efectuadas en ediciones anteriores de su *Curso*, suscribió con las siguientes palabras mi enfoque crítico y mi propuesta de acometer una reforma legislativa que disipara las dudas que la amplia formulación legal había generado:

Estamos ante una obra de primer orden, llamada a ejercer una influencia importante en nuestro Derecho, tanto, probablemente, en el plano legislativo como, desde luego, en el jurisprudencial. Acredita y justifica que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como está siendo aplicado, no es objetivamente sostenible y precisa de una urgente rectificación.

La crítica pormenorizada y bien fundamentada, con la pausa y la atención cuidadosa de un trabajo científico perfectamente construido, me parece brillante y convincente.

[...]

En definitiva, este libro llama resueltamente, y entiendo que no debe pasar desatendido, a una reconsideración profunda del sistema legal español de la responsabilidad administrativa, que ha comenzado a funcionar hace ya algún tiempo de forma poco satisfactoria y disfuncional, creando problemas que son ya visibles en el funcionamiento de algunos servicios.

Yo me uno sin reservas a ese propósito y hago votos para que el autor sea llamado para que aporte sus notables saberes a la preparación de esa oportuna reforma legal³⁶.

Con posterioridad, advertida y plenamente consciente de los riesgos de una plena objetivación, la doctrina que se ha ocupado del tema lo ha hecho ya desde una óptica muy distinta, oponiéndose a la aplicación de un estándar de auténtica responsabilidad objetiva a toda la actuación administrativa, subrayando el papel central que corresponde al funcionamiento anormal y tratando de precisar los supuestos acotados de funcionamiento normal que resultan admisibles³⁷. Incluso autores influyentes que siguieron defendiendo la responsabilidad objetiva tras la crítica de Pantaleón, como Leguina o Fernández Rodríguez, han seña-

³⁶ García de Enterría (2002, págs. 19 y 25-26).

³⁷ Véanse, en particular, Doménech y Medina (2025, margs. 24, 30 y 77-88) y sus importantes trabajos previos elaborados a partir de 2005 que allí se citan; José Carlos Laguna de Paz (2019), «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, págs. 31-68; Clemente Checa González (2021), «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad*, 2, págs. 19-72, con ulteriores referencias.

lado, después, que manejaban un concepto distinto de responsabilidad objetiva y que nunca pretendieron justificar una responsabilidad tan amplia como la que se conoce en derecho privado con dicha denominación³⁸.

Ante esta reacción doctrinal, yo mismo he dejado de sucumbir ante el *mito* de la responsabilidad objetiva global que imperaba cuando escribí mis primeros trabajos³⁹ y, como acabo de señalar, he admitido desde 2008 la posibilidad de reinterpretar la cláusula general vigente en una clave distinta de la tradicional, negando que establezca necesariamente, *de lege lata*, una responsabilidad tan amplia, y pidiendo abiertamente al Tribunal Supremo que lo hiciera y dejara de considerar «indiferente» la existencia de funcionamiento normal o anormal y de emplear la equívoca expresión «responsabilidad objetiva» para calificar al régimen español⁴⁰.

³⁸ Leguina (2007, págs. 675-678); Fernández Rodríguez (2021, págs. 176-185). Este último trabajo, pese a su tono llamativamente desabrido, suscribe de forma expresa los argumentos que aduje en mi monografía de 2002 en contra de una aplicación rigurosa de la responsabilidad objetiva a toda actuación administrativa. En las ediciones más recientes de su *Curso* (actualizado en solitario por Tomás-Ramón Fernández desde el fallecimiento de García de Enterría en 2013) ya no existe el título del epígrafe que antes aludía a «[l]a configuración directa y *objetiva* de la responsabilidad patrimonial de la Administración», y las frases antes transcritas de la edición de 1993 (v. *supra* el apartado II.1) han sido sustituidas por estas otras: «La cláusula general prescinde inicialmente, como se habrá notado, del elemento tradicional de la culpa o ilicitud de la actuación administrativa como principio o fundamento general y único del sistema, aunque veremos que lo que realmente hace (sin excluir en modo alguno la exigencia de una causalidad o imputación del hecho dañoso a la Administración, que excluye sin más el reconocimiento de que su responsabilidad haya pasado a ser general y objetiva, como tantas veces se ha declarado) es desplazar el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que “no tiene el deber jurídico de soportar” dicho daño, en los términos del art. 34.1 LSP, para poder justificar su pretensión reparatoria». Se mantiene la antes transcrita referencia del Auto de 10 de febrero de 1972, pero a continuación se matiza: «A lo que, como acabamos de decir, hay que añadir, para evitar posibles equívocos, en los que alguna vez ha incurrido la jurisprudencia, el elemento básico de que el perjudicado *no tenga el deber jurídico de soportar el perjuicio*, que es donde se encuentra, justamente, el fundamento necesario de su pretensión resarcitoria, como veremos más despacio» (García de Enterría y Fernández Rodríguez [2024: versión electrónica sin paginar]). Estos son solo algunos de los muchos matices que se han ido añadiendo con los años a lo largo del capítulo.

³⁹ Jordi Esteve Girbés (2021), «El mito de la responsabilidad objetiva global de la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, págs. 47-56 (aunque sin considerar la evolución de mi pensamiento que indico a continuación en el texto).

⁴⁰ Mir (2008, págs. 646-647) y Mir (2020, págs. 35-36 y 46-47). Tuve la ocasión de exponer y debatir el segundo de dichos trabajos con magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el marco del *Seminario Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal*

La discusión doctrinal abierta en 1994 se puede considerar, por tanto, zanjada, y no ha sido siquiera reabierta por la enfática y meramente aparente proclamación de la responsabilidad objetiva de la Administración que efectuó el Tribunal Constitucional en una sentencia de 2018 sobre la que se volverá de inmediato: en la doctrina española, nadie que conozca defiende ya que la responsabilidad de la Administración sea o deba ser objetiva en sentido estricto.

La evolución de la *jurisprudencia* española ha sido algo más compleja, pero creo que puede afirmarse que ha acabado llegando al mismo resultado. Tras la polémica suscitada por la sentencia de los aneurismas gigantes antes reseñada, no han vuelto a repetirse fallos similares y el Tribunal Supremo (y, siguiéndole, la generalidad de los tribunales inferiores) ha dado continuidad a la clara tendencia anterior de condenar a la Administración, en la inmensa mayoría de casos, únicamente cuando se constatara algún tipo de funcionamiento anormal de sus servicios, tanto en materia sanitaria como fuera de ella. De hecho, desde 1996 el Tribunal Supremo mantiene incluso que la mera anulación de los actos administrativos no da lugar a derecho al resarcimiento de los daños que estos hayan podido ocasionar cuando el acto anulado fuera «razonable y razonado» (se trata de la «doctrina del margen de tolerancia», contestada por un sector de la doctrina⁴¹). El título de imputación absolutamente prevalente es, pues, en la práctica judicial, el funcionamiento anormal (la culpa, aunque sea objetivada, entendida como el incumplimiento del deber de diligencia en cada caso exigible), tanto en la actividad material de la Administración como en su actividad jurídica de elaboración de actos administrativos. Ello es, a mi juicio, plenamente acertado, por las muchas razones que en su momento aduje en contra de aplicar un estándar de auténtica responsabilidad objetiva a la Administración.

El problema, sin embargo, como hemos denunciado con vehemencia autores como Doménech, Medina o yo mismo⁴², es que esta praxis ha sido, durante décadas, flagrantemente contradictoria con la meramente retórica y mecánica afirmación, por parte de esa misma jurisprudencia, de que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva y de que resulta indiferente que su funcionamiento haya sido normal o anormal. Este problema no ha sido solo ter-

Supremo-Revista de Administración Pública para el que me fue encargado, y que se celebró en la sede del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid el 1 de octubre de 2020.

⁴¹ Véase al respecto, entre otros, Mir (2002, págs. 315-319), Doménech y Medina (2025, marg. 45) y los trabajos previos de ambos autores allí citados, que han mantenido posturas divergentes. Más recientemente la ha reiterado, p. ej., la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3999), FJ 4.

⁴² Mir (2008, págs. 632-636, 640, 646-647); Mir (2009, pág. 36); Mir (2020, págs. 33-35); Doménech y Medina (2025, margs. 82-86) y los trabajos previos de ambos autores allí citados.

minológico. Por un lado, para tratar de aplicar un estándar de responsabilidad por culpa sin contradecir la premisa de la responsabilidad objetiva, la jurisprudencia ha desnaturalizado otros requisitos de la responsabilidad, interpretándolos en una clave culpabilística que no les es propia (como, señaladamente, la causalidad, la cláusula de los riesgos del desarrollo —ahora contenida en el segundo inciso del art. 34.1 LRJSP— y, sobre todo, el indeterminado y auténtico cajón de sastre del daño antijurídico —último inciso del párrafo primero del art. 32.1 y primer inciso del art. 34.1 LRJSP: «daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»), lo que dificulta tanto la correcta depuración de tales requisitos como una construcción sólida y clara del título de imputación del funcionamiento anormal y de los estándares de diligencia a cuyo incumplimiento este debería anudarse.

Por otro lado, y sobre todo, la reiterada y subrayada afirmación jurisprudencial de que la responsabilidad de la Administración es objetiva, sin matices terminológicos que permitan entender que se usa dicha expresión en un sentido distinto al habitual en derecho de daños, genera mucha confusión en las posibles víctimas, que a menudo invocan dicha responsabilidad objetiva para reclamar indemnizaciones que están inexorablemente abocadas al fracaso, y de las que solo se benefician los abogados que las han animado a presentarlas.

Este problema de incoherencia entre el régimen de responsabilidad que los tribunales del orden contencioso-administrativo aplican y el que dicen que aplican podría haberse agravado aún más tras la controvertida *Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018*, de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:112), que no solo afirmó que la responsabilidad de la Administración es objetiva —desde su instauración por parte de la LEF en 1954—, sino, incluso, que dicha responsabilidad objetiva se encuentra consagrada por el propio art. 106.2 de la Constitución española, lo que impediría que ni el mismísimo legislador pudiera matizarla.

Afortunadamente, esta STC contó con buenos votos particulares de magistrados que conocían bien la discusión producida en el seno de la doctrina administrativista y que alertaron sobre lo que significa la responsabilidad objetiva en derecho de daños y el riesgo de predicarla respecto de la responsabilidad de la Administración. Ello, sumado a la gran oscuridad de la sentencia (que fue redactada por uno de los magistrados que formularon voto particular), desactivó de algún modo desde dentro los riesgos que entrañaba. Por otro lado, como traté de demostrar en un trabajo que tuve la ocasión de exponer ante magistrados del Tribunal Supremo⁴³, un examen detenido de la STC revelaba que, en realidad, i) el Tribunal Constitucional (que contaba con varios magistrados provenientes del orden contencioso-administrativo) no se estaba refiriendo a una auténtica

⁴³ Mir (2020, págs. 37-43 y 46-47), presentado en el seminario a que se ha aludido en la nota 40. En dicho trabajo también se resumen los aspectos básicos de esta STC y se citan otros comentarios (críticos) de que fue objeto.

responsabilidad objetiva, sino que empleaba la expresión con el significado vago y falto de consecuencias tradicional de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que no se consideraba incompatible con desencadenar la responsabilidad solo en caso de funcionamiento anormal; y ii) la sentencia, pese a las apariencias, si se analiza el caso concreto y la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a la que remite como *ratio decidendi*, lo que implica es que el legislador no puede exonerar a la Administración de responsabilidad en los casos de funcionamiento *anormal*, que serían los que quedarían garantizados por el art. 106.2 CE. Como subrayé en dicho trabajo, el ponente de esta sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo fue, ni más ni menos, Pantaleón, quien años antes inició, como sabemos, la crítica que acabó desembocando en la superación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración.

Sea como fuere, lo cierto es que dicha STC no ha tenido ningún impacto destacado, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y no ha llevado a un endurecimiento de la responsabilidad de la Administración.

De hecho, un examen de la jurisprudencia posterior de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo revela más bien que esta ha tomado conciencia por fin del intenso debate doctrinal producido y que se muestra mucho más cauta a la hora de calificar como objetiva a la responsabilidad de la Administración. Aunque no se ha producido todavía una rectificación o aclaración jurisprudencial expresa sobre el tema (que posee sin duda interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), sí se observan signos de que la Sala Tercera ha superado también el dogma de la responsabilidad objetiva.

Son ilustrativos los resultados que arroja la búsqueda, por separado, de las expresiones clásicas «responsabilidad objetiva», «directa y objetiva»/«objetiva y directa»⁴⁴ y «funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación—» en el campo de texto libre del buscador oficial de resoluciones de dicha sala del Tribunal Supremo (CENDOJ).

Hay que remontarse a principios del año 2021 para encontrar una resolución que califique de objetiva a la responsabilidad de la Administración española⁴⁵. Se trata de la STS (Sala 3^a) de 24 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1189), donde todavía se afirma, en el inicio de la argumentación, que «se [ha] conside-

⁴⁴ Como se ha visto, durante muchos años el *Curso* de García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández tuvo un epígrafe titulado «[l]a configuración *directa y objetiva* de la responsabilidad patrimonial de la Administración». La búsqueda de dicha expresión y de su variante «*objetiva y directa*» en el CENDOJ arroja una larga lista de más de sesenta sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que se remontan a las de 25 de febrero y 30 de marzo de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:747 y ECLI:ES:TS:1981:2309), penúltimo considerando.

⁴⁵ Resulta significativo que en la reciente STS (Sala 3^a) de 16 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:340) se niegue expresamente una «responsabilidad objetiva» derivada de la anulación de actos administrativos (FFJJ 6 y 7).

rado la institución con l[a]s particulares características de ser objetiva y directa, [...] porque se configura al margen de cualquier exigencia culpabilística en la producción del daño, del que se hace abstracción, en cuanto lo relevante es el nexo causal, en el sentido de que la lesión traiga causa de la prestación de los servicios, sea este normal o anormal» (FJ 2). La sentencia, pese a ello, sienta la doctrina de que no son indemnizables los gastos de abogado en que incurre un interesado por participar en un procedimiento administrativo, aunque finalice por desistimiento de quien podía instarlo (en este caso, se trataba de un procedimiento expropiatorio y quien desistió fue el beneficiario que lo instó), al considerar que son daños que las víctimas tienen el deber jurídico de soportar cuando el procedimiento se inicie de forma ajustada a derecho. La exclusión de la indemnización sobre la base del requisito del daño antijurídico me parece, aquí, acertada⁴⁶, aunque para ello no resultaba necesario efectuar esas consideraciones iniciales sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración.

La STS (Sala 3^a) de 28 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3105), del mismo ponente (próximo ya a su jubilación), vuelve a señalar que «se [ha] configurado tradicionalmente la institución con los caracteres de directa y objetiva; en cuanto el daño se imputa directamente a la Administración que tiene entre sus competencias la prestación del servicio en el cual se genera la lesión, en sentido técnico jurídico, con independencia de que la prestación del servicio que genera esa lesión sea normal o anormal, que resulta a estos efectos irrelevante» (FJ 3). A continuación, sin embargo, efectúa un gran esfuerzo argumental para justificar el mal funcionamiento del servicio penitenciario y declarar su responsabilidad por el suicidio de un preso al que se sacó prematuramente del programa de protección frente a suicidios.

De esa misma época es también la STS (Sala 3^a) de 21 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4495), la primera de una larga lista de sentencias que han denegado la responsabilidad de la Administración sanitaria por el uso de un gas medicinal defectuoso en hospitales públicos de toda España y considerado que debe ser el fabricante o, en su caso, la autoridad competente para autorizar y vigilar los productos sanitarios (la Agencia Española de Medicamentos y Productos

⁴⁶ También suscribo la siguiente formulación del daño (no) antijurídico que se contiene en ese mismo FJ 2: «es indudable que cuando la norma impone la obligación a un determinado ciudadano o incluso a un determinado grupo de ciudadanos, de soportar el concreto perjuicio que comporta un determinado actuar administrativo, desaparece la antijuridicidad del daño, porque precisamente la obligación comporta la imposición de ese daño. Pero la antijuridicidad desaparece también cuando simplemente existe un deber de soportar el daño, *no directamente de la norma, sino como una consecuencia inherente a la misma*» (cursivas añadidas). Dicha formulación va en la línea que he defendido de circunscribir los daños no antijurídicos a aquellos que se encuentren explícita o implícitamente *justificados* por el ordenamiento, y que incluyen los «daños inherentes al ejercicio ajustado a Derecho de las potestades administrativas, daños que la Administración está legitimada e incluso obligada a ocasionar como garante del interés general» (Mir, 2009, págs. 42-44).

Sanitarios) quien responda. Pese a que esta primera sentencia —cuyo ponente ya se ha jubilado— todavía reproduce muchas sentencias anteriores que calificaban genéricamente a la responsabilidad de la Administración como objetiva, e incluso alude a la mencionada STC 112/2018, subraya de forma muy clara que ello se ve exceptuado en materia sanitaria (sin acudir al artificio tradicional de incluir de forma oscura la *lex artis* en el requisito del daño antijurídico y considerar que las víctimas tienen el deber jurídico de soportar los daños derivados de actos médicos que la observen) y niega la responsabilidad objetiva de los hospitales públicos por el riesgo creado al usar un gas defectuoso que había afirmado el tribunal de instancia. Lo hace en estos términos:

Como, recientemente, ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 112/2018, de 17 de octubre, FJ 5), «el tenor del art. 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia».

Pero, no obstante, lo anterior, los citados pronunciamientos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial, requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones, en relación con el citado carácter objetivo genérico que de la institución se proclama; sobre todo, cuando de algún tipo concreto de responsabilidad patrimonial se trata, tal y como aquí acontece con la responsabilidad sanitaria. Así lo ha venido poniendo de manifiesto el Tribunal Supremo, con reiteración» (FJ 4).

[P]ese al carácter objetivo que se proclama de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la que nos ocupa, la responsabilidad sanitaria, cuenta con un evidente componente subjetivo o culpabilístico, cuyo elemento de comprobación es el ya reiterado del «incumplimiento de la *lex artis ad hoc*» (FJ 7)⁴⁷.

En cuanto a la expresión jurisprudencial tradicional «funcionamiento normal o anormal —es *indiferente* la calificación—», tan frecuentemente usada en el pasado, como ya sabemos (v. *supra* el apdo. II.2), de las 147 sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que muestra el buscador, desde 1995, solo hay una que la emplee en el largo período que ha transcurrido desde abril de 2018.

⁴⁷ En sentencias posteriores de esta serie, como la STS (Sala 3^a) de 6 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3581), mucho más breves, se omite toda esta fundamentación y las alusiones a la responsabilidad objetiva, y se enuncia directamente la doctrina que en ellas se fija, y que es la siguiente: «la Administración sanitaria —cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*— no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello» (FJ 6).

Se trata de la STS (Sala 3^a) de 13 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2842), que la recoge de pasada en la transcripción de sentencias muy anteriores (FJ 7), y que no tiene ninguna consecuencia porque el tribunal⁴⁸ acaba denegando la responsabilidad al no apreciar probada la relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la víctima y su detención policial y porque, de haberse probado dicha relación de causalidad, se trataría de un supuesto de funcionamiento anormal, como señala el propio tribunal.

El dogma de la responsabilidad objetiva parece, pues, también abandonado por el Tribunal Supremo. Afortunadamente.

III. LOS SESGOS DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El paso de los años ha revelado que la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración española era defectuosa⁴⁹. No ha servido para explicar la praxis jurisprudencial ni para formular el tipo de responsabilidad a la que debería aspirarse *de lege ferenda*, y ni siquiera para precisar los grupos de casos en que una responsabilidad semejante puede estar justificada. Como se ha visto, la crítica generalizada de que ha acabado siendo objeto ha llevado incluso a desmarcarse de ella a aquellos a los que la práctica totalidad de la doctrina atribuía su paternidad.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta la brillantez indiscutible de muchos autores y jueces que la han defendido o dado por sentada, puede resultar sorprendente que haya pervivido durante tantos años y que incluso haya sido importada en otros países. A las distintas razones que para ello se han aducido⁵⁰ pienso que cabe añadir el peso que han podido tener determinados *sesgos* cognitivos y no cognitivos⁵¹.

Al examinar de forma retrospectiva el intenso y en ocasiones apasionado debate suscitado en este tema, creo que los que hemos participado en él (incluyendo también a los jueces), y quienes se han limitado a repetir el mantra, hemos

⁴⁸ Con un voto particular en contra y pese a existir una decisión del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas favorable a la víctima.

⁴⁹ Gabriel Doménech Pascual (2024), «Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas», *InDret*, 1, págs. 391-393, poniéndola como primer gran ejemplo de las «teorías jurídicas defectuosas» que estudia en su trabajo.

⁵⁰ Medina (2005, págs. 158-171); Doménech (2024, págs. 403-427), no circunscribiendo su análisis solo a la responsabilidad patrimonial de la Administración y aludiendo también a la influencia de determinados sesgos cognitivos en sus págs. 417 y 422.

⁵¹ Me he ocupado recientemente con cierto detenimiento del concepto y las clases de sesgos, así como de posibles estrategias para su mitigación en Oriol Mir Puigpelat (2025), «Los sesgos en la investigación del Derecho público», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 12, al que remito.

sufrido, en alguna medida, y en algún momento, sesgos que han minado la objetividad de nuestros juicios y que han dificultado que valoráramos en su justa medida los distintos factores existentes, dando lugar a los errores sistemáticos a que tales sesgos conducen. Releyendo mis trabajos de juventud me sorprende, p. ej., que no cuestionara el dogma *de lege lata*, del mismo modo que imagino que a otros autores les deben parecer ahora desmedidas las palabras que antaño escribieron subrayando el carácter objetivo de la responsabilidad y la inexorable superación del paradigma culpabilístico.

De entre los muchos *sesgos cognitivos* existentes (los derivados del pensamiento rápido e intuitivo, y que también pueden dejar sentir sus efectos en el pensamiento lento), creo que han podido influir, especialmente, los de *autoridad* (la autoridad indiscutible de maestros como García de Enterría, Fernández-Rodríguez o Leguina, o del Tribunal Supremo, a los que se atribuía el dogma, dificultaba concebir siquiera su cuestionamiento), *disponibilidad* (una vez el dogma devino mayoritario, era el primer rasgo característico del sistema español que les venía a la mente a los operadores jurídicos), *confirmación* (resulta difícil cambiar las propias concepciones y tendemos a desechar la información que las contradice, más aún si hemos contribuido a apuntalarlas con nuestros trabajos y sentencias), *anclaje* (cuando todos los manuales y temarios de oposiciones repetían el dogma, era lo primero que estudiaban los futuros profesores y jueces, especialmente condicionados por esa primera lectura), *statu quo* (aunque los académicos seamos habitualmente críticos, tampoco escapamos de la tendencia psicológica a no modificar el estado heredado de cosas, y menos aún los jueces —vinculados por sus propios precedentes—), *gregario* o de *rebaño* (en caso de duda se tiende a seguir el criterio de la mayoría, que en este caso era aplastante), de *grupo* (los administrativistas —y, dentro de ellos, los de la Escuela de Enterría— tendieron intuitivamente a defender la postura de dicho grupo frente a la de otros grupos como los civilistas —o los administrativistas discípulos de Garrido Falla—) y *falso consenso* (los jueces seguramente no han imaginado que el dogma que repetían era ampliamente cuestionado por otros juristas)⁵².

Junto a los sesgos cognitivos pueden haber jugado también un papel sesgos *no cognitivos* (que permean el pensamiento lento y reflexivo) tan o más importantes como el *ideológico* (la voluntad de reforzar en la mayor medida posible —y sin considerar los efectos contraproducentes— las garantías de los ciudadanos frente a un régimen autoritario como el franquista, al introducir la cláusula general de responsabilidad en la LEF, y al producirse la transición democrática en España), de *interés* (una responsabilidad objetiva amplia e indeterminada resulta de especial utilidad para los muchos administrativistas que ejercen de abogados, defender el dogma mayoritario podía ser importante para prosperar en la carrera académica o judicial, y aceptar públicamente los excesos cometidos en su defensa podía mermar la propia reputación profesional) o, incluso, los *sociales* (vinculados a estereo-

⁵² Mir (2025, págs. 12 y 29-30).

tipos positivos o negativos, como, p. ej., cuando en países latinoamericanos se ha recibido el dogma críticamente por la buena reputación de que allí tiende a gozar la doctrina española) y *emocionales* (motivados por afinidades personales o por las duras críticas y réplicas que se han vertido en esta materia)⁵³.

IV. LA VISIÓN NO SESGADA DEL DERECHO ESPAÑOL DE JUAN CARLOS HENAO

Juan Carlos Henao no incurrió en estos sesgos al examinar el régimen español. La distancia que le separaba de nuestro país, su sólida formación jurídica francesa, su amplio conocimiento del derecho privado de daños, como discípulo de Fernando Hinestrosa, y su larga experiencia práctica en el Consejo de Estado colombiano y como abogado facilitaron posiblemente la clarividencia con que detectó las debilidades y contradicciones del dogma español de la responsabilidad objetiva, y que le llevó a desecharlo pese a la influencia determinante⁵⁴ que tuvo nuestra regulación en la promulgación del art. 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991⁵⁵, que pivota sobre el equívoco concepto patrio del daño antijurídico⁵⁶.

Resulta muy aleccionador leer, veinticinco años después, las agudas observaciones que efectuó sobre los problemas que veía ya en los *Principios* de García de Enterría, señalando, tras su estudio minucioso, que:

El hecho de que el daño antijurídico adquiere relevancia tan sólo cuando se puede imputar al Estado a través de cualquiera de las cuatro causas de imputación existentes, siendo la más común, según sus palabras, la del ‘funcionamiento anormal del servicio público’ –para nosotros ‘falla del servicio’–, no solo confunde respecto del fundamento [de la responsabilidad], sino que hace pensar que la naturaleza de la responsabilidad no es tan objetiva como se pretende, cuando se afirma que lo importante

⁵³ Mir (2025, págs. 14-18 y 30-32).

⁵⁴ Como explicó, con una minuciosa crónica de la tramitación de este precepto constitucional, Juan Carlos Henao (2000), «La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia», en AA. VV., *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México: Instituto Nacional de Administración Pública, <https://is.gd/DopMH6>, págs. 122 y ss.

⁵⁵ Según dicho precepto: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste».

⁵⁶ También en México su Constitución establece desde 2004, por la perturbadora influencia española, que: «La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa» (último párrafo del actual art. 109). Véase al respecto Mir (2008, págs. 631 y 647 y ss.).

es la antijuridicidad objetiva [...] La naturaleza puramente objetiva queda entonces cuestionada aun a partir de la concepción de quien con ahínco la defiende.

[...]

[S]i se acepta que en algunos casos la responsabilidad no sea declarada porque no existió la falla del servicio, el postulado mismo de la construcción teórica del profesor español García de Enterría estaría cuestionado, abriendo paso a la posición de la corriente que lo critica [se refiere a los trabajos de Garrido Falla y Pantaleón que cita un par de páginas antes]. En efecto, si la antijuridicidad objetiva es la que ha de tenerse en cuenta según el profesor García de Enterría, en desmedro de la subjetiva que no tiene ninguna incidencia en la calificación o no de antijurídico de un daño, no tendría explicación negar la explicación en los casos reseñados [del Consejo de Estado colombiano], en los cuales el único argumento para dicha negativa consiste en la falla del servicio⁵⁷.

Tras ello, concluía que la importación de la noción española de daño antijurídico en el referido precepto de la Constitución colombiana no tenía por qué alterar la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado de dicho país, que, por influencia francesa, pivotaba sobre la noción de la falla del servicio, junto con algunos supuestos en que dicha falla no era necesaria. A su juicio, dicho precepto constitucional «ha servido para que se pierda el tabú por la responsabilidad objetiva, sin que ello signifique que se califique de tal el actual ordenamiento colombiano»⁵⁸. En las claras palabras con que cerraba dicho trabajo:

1º El daño antijurídico supone la existencia de todos los régimenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla de servicio como por daño especial, riesgo, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.

2º El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva. En determinados eventos el daño antijurídico sólo se expresa en efecto por la vía de la falla de servicio, que en caso de no estar presente, genera la no declaratoria de responsabilidad. Pero para que esta situación se concrete supone que no se puedan aplicar los otros régimenes de responsabilidad, porque no se encuentren en el caso concreto los elementos que permitan su aplicación. Ello conlleva a que el juez debería en todos los procesos sometidos a su decisión, explicar por qué no se presenta la falla del servicio, la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, para allí sí concluir que no se está en presencia de un daño antijurídico. Solo con la explicación de que no existió el género se puede aplicar el art. 90 de la Constitución.

3º El juez debe aplicar el principio *iura novit curia* como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello

⁵⁷ Henao (2000, págs. 131 y 143).

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 135.

supone que se ha superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad»⁵⁹.

Pienso que, hoy en día, todos los administrativistas españoles suscribiríamos tales conclusiones sobre nuestro sistema de responsabilidad patrimonial⁶⁰, así como estas otras palabras con que inició otro importante trabajo suyo de 2003:

La falla del servicio es, ha sido y seguirá siendo, sin lugar a dudas, uno de los conceptos de mayor trascendencia en el campo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya que, de una parte, define el régimen de responsabilidad que lleva su nombre, y, de la otra, constituye lo que los autores han denominado el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado.

A pesar de las posiciones que han intentando en vano echar al cajón del olvido el concepto [de falla del servicio], se puede constatar que jurisprudencialmente la gran mayoría de casos siguen resolviéndose, en ambos países [Francia y Colombia] y como se verá, bajo su cuerda, con lo que se demuestra que el mismo sigue vigente en el estado actual del arte sobre la materia. Ni siquiera la promulgación del art. 90 de la Constitución Política de 1991, en Colombia, que según un sector de la doctrina ha permitido enterrar la noción, permite una tal conclusión⁶¹.

Nos habríamos ahorrado muchos quebraderos de cabeza, en España, si hubiéramos importado en su momento estas sabias lecciones del ilustre profesor colombiano.

⁵⁹ Henao (2000, pág. 144).

⁶⁰ Salvo, quizá, el peso que otorga al daño antijurídico como fundamento último de la responsabilidad. Dicho papel parece plenamente justificado en derecho colombiano, a tenor del citado art. 90 de su Constitución, pero no en derecho español, donde el daño antijurídico (mejor dicho: el daño no antijurídico) se configura en los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP como una causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Véase al respecto *supra* nota 46.

⁶¹ Juan Carlos Henao, «La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés», en AA. VV. (2003), *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría 1963-2003*, tomo II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 59, recogiendo en nota las palabras de la edición de 1998 del *Curso de García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández* (que he transcrita *supra* en el apdo. II.1) en que ambos autores reconocían los excesos en que habían podido incurrir, y que a juicio de Henao resultaban significativos de «la actual posición del importante e influyente profesor español García de Enterría, que recoge buena parte de sus afirmaciones anteriores intentando minimizar el concepto».