

Un acercamiento a la responsabilidad patrimonial sin culpa de la Administración con ocasión de la STS de 27/01/2026 sobre daños causados por la vacunación contra el COVID-19

Diego Gómez Fernández

Abogado y profesor de práctica administrativa en el Master de Abogacía de la Universidad de Vigo

Diario LA LEY, Nº 10891, Sección Tribuna, 24 de Febrero de 2026

ÍNDICE

[Un acercamiento a la responsabilidad patrimonial sin culpa de la Administración con ocasión de la STS de 27/01/2026 sobre daños causados por la vacunación contra el COVID-19](#)

[I. Introducción](#)

[II. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas](#)

[1. La proclamada objetividad de la responsabilidad de la Administración](#)

[2. La responsabilidad patrimonial sin culpa](#)

[A\) Una imprescindible introducción histórica](#)

[B\) Delimitando la responsabilidad patrimonial sin culpa](#)

[C\) Algunos precedentes jurisprudenciales de responsabilidad sin culpa](#)

[III. Los antecedentes](#)

[IV. La STS de 26/01/2026](#)

[V. Algunas reflexiones personales](#)

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, S 61/2026, 27 Ene. 2026 (Rec. 5434/2024)

Comentarios

Resumen

La STS de 27/01/2026 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha negado que el Servicio de Salud extremeño deba indemnizar los daños graves sufridos por una paciente a raíz de la vacuna del Covid-19 por entender que sólo cabría responsabilidad si hubiese habido culpa o infracción de la *lex artis*. Entendemos que el título de imputación aplicable debería de haber sido otro, el funcionamiento normal derivado del sacrificio especial al que fue sometida. Para justificarlo, el trabajo identifica a través de la evolución histórica y la doctrina especializada cuáles son los elementos que tienen que concurrir en cada caso para podamos hablar de responsabilidad patrimonial culpa.

«Que si vosotros supieseis bien lo que significa:
"Misericordia quiero, y no sacrificios",
no condenaríais a los inocentes»

Mateo 12:7

I. Introducción

La **STS de 27/01/2026 (RC 5434/2024 (LA LEY 10768/2026). Ponente D^a M^a Consuelo Uris Lloret)** ha fijado la siguiente doctrina jurisprudencial respecto a los daños producidos por la vacunación durante la pandemia del COVID-19:



«La Administración autonómica encargada de la vacunación contra el Covid-19, —dado el carácter excepcional de la pandemia internacional declarada en marzo de 2020— **únicamente deberá responder por la actuación administrativa que derivase de una mala praxis, resultase contraria a la lex artis ad hoc o respecto de la cual se acredite la existencia de una falta de diligencia debida**, sin que puedan imputársele todos los efectos adversos producidos, en algunas personas, por la inoculación de las vacunas en aquel contexto de emergencia sanitaria»

Por lo tanto, la sentencia rechaza que en estos casos pueda haber una responsabilidad patrimonial sin culpa de la Administración. Antes de entrar a analizar esta importante resolución, parece conveniente identificar, a través de la doctrina, cuáles serían los elementos necesarios que deben concurrir para que podamos concluir que existe responsabilidad patrimonial de los servicios públicos aunque no concorra culpa en la causación de la lesión antijurídica; para ello, haré primero una introducción general sobre la responsabilidad patrimonial y después, cuál ha sido su evolución histórica.

II. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

1. La proclamada objetividad de la responsabilidad de la Administración

La más reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, la **STC 112/2018, de 17 de octubre (LA LEY 164845/2018)** ratificaba que **el art. 106.2 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)** recoge un sistema de responsabilidad **objetiva**. La cuestión es saber qué significa dicha objetividad; como indica Ignacio Rodríguez Fernández en «La responsabilidad objetiva de la responsabilidad pública y la equidistribución del coste del bien común», la STC 112/2018 (LA LEY 164845/2018) tampoco lo aclara: «Ante un supuesto de hecho tan concreto y puesto que la decisión del legislador era hacer responsable al conductor salvo en ciertas hipótesis específicamente previstas (esto es, siendo la regulación tan clara y acotada), el propio Tribunal tal vez habría debido determinar si existía alguna exigencia de imputación del daño que fuera directamente deducible del art. 106.2 CE. (LA LEY 2500/1978) En lugar de eso, ha adoptado una decisión de apariencia salomónica: bendecir una interpretación del precepto legal cuestionado que autoriza al órgano judicial a realizar esa indagación **sin más pauta que el tópico general de la objetividad, cuyo sentido o razón constitucional en ningún momento se explicita**».

El profesor Gabriel Doménech en «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales» nos decía que «Esta es seguramente la rama del Derecho administrativo español donde podemos encontrar un mayor número de anomalías, mitos y discordancias entre la legislación española y la de los países de nuestro entorno; entre lo que parecen decir las leyes y cómo las aplican efectivamente los Tribunales; entre los argumentos que éstos esgrimen para decidir y el contenido real de sus decisiones, etc.».

Un ejemplo de estas contradicciones lo tenemos en la STS de 22/04/2016 (RC 4080/2014 (LA LEY 33006/2016)) en la que después de afirmar sobre la legislación de responsabilidad patrimonial que «Dichos preceptos establecen, en sintonía con el art. 106.2 de la CE (LA LEY 2500/1978), un sistema de responsabilidad patrimonial...de **responsabilidad objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público**», a continuación añade que «en supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, se excluye la antijuridicidad del daño cuando **la actuación de la Administración** se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados», condenando por lo tanto sólo cuando esa actuación sea culposa o negligente.

¿Es cierto como se afirma que la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública sea objetiva porque prescinda de la idea de culpa?

Claramente, **NO**. La culpa es uno más de los títulos de imputación de la responsabilidad de la Administración, seguramente el principal, aunque se enmascara de otros modos, tal y como explica Luis Medina en «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

El mismo Medina en «Who said king can do not wrong? El tópico histórico de la irresponsabilidad patrimonial del Estado» desmonta el mito de que el Estado no hubiese respondido históricamente en los casos de daños. Lo hacía tanto por culpa, como sin ella, en casos de daños sacrificiales. Incluso cuando entró en vigor el Código Civil, parte de la doctrina y la jurisprudencia había interpretado que el Estado respondía «a título de hecho propio, si el daño lo causa un común funcionario (art. 1902 CC (LA LEY 1/1889)), o por hecho ajeno, si quien interviene es un "agente especial" (art. 1903.5 CC (LA LEY 1/1889))». Sin embargo, un cambio jurisprudencial posterior provocó la impunidad del Estado porque, como nos ilustra Medina, «El alto tribunal acabó limitando la responsabilidad civil del Estado a los daños ocasionados por un "agente especial" (art. 1903, párrafo segundo, CC), concebido como aquel que "recibe un mandato o comisión concreta y determinada, ajena al ejercicio de su cargo si es funcionario público". Todo ello bajo la consideración de que solo en este caso "cabe presumir en el Estado la culpa o negligencia, que es la base generadora de esta clase de obligaciones". Se rechazaron así la responsabilidad civil del Estado tanto por hecho propio ex 1902 CC como por hecho del común funcionario ex 1903 CC».

En este contexto es cuando *apareció en ayuda del ciudadano* el maestro **D. Eduardo García de Enterría**. Como miembro de la comisión que redactó el proyecto de Ley de Expropiación Forzosa que daría pie a la aún vigente Ley de 1954 fue el autor del famoso art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa (LA LEY 43/1954) («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»); precepto que, con algunos cambios, se trasladó hasta llegar al actual art. 32.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LA LEY 15011/2015).

García de Enterría en el estudio de 1955 «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa (LA LEY 43/1954)» en el que desarrollaba la responsabilidad extracontractual de la Administración del nuevo art. 121.1 LEF, explicaba que para que hubiese responsabilidad no era suficiente con la existencia de una acción u omisión de una Administración y la prueba de la relación de causalidad que produjese un daño, sino que era necesario que pudiese ser imputable a ella.

Se refería a varios **títulos de imputación** a los que llamaba «causas» y que definía así: «*Llamamos causas de imputación a aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. En este sentido la imputación es un concepto jurídico y no físico: el daño, en cuanto realización material, puede haber sido causado por persona distinta de aquella a quien, sin embargo, jurídicamente se le imputa; o puede haber sido ocasionado por hecho fortuito, y no obstante no impedirse la imputación a un sujeto*». Explicaba que «esas causas no pueden, en efecto, reducirse a un canon unitario, y es aquí donde se inserta la rica casuística que alimenta todo régimen de responsabilidad civil. Esta casuística falta en nuestra Ley, que ha querido intencionadamente no establecer limitaciones apriorísticas y dejar la aplicación del principio abstracto de imputación que formula (daños «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») a la libre apreciación de cada caso. Ello nos fuerza a intentar por nuestra parte una descomposición del principio unitario de imputación que la Ley contiene presentando un esquema de las situaciones concretas que pueden ampararse en sus amplios términos».

En ese esquema deduce la existencia de cuatro títulos de imputación: 1) el funcionamiento anormal o con culpa de la Administración (de la que dice Enterría «*ha de ser, sin duda, la más habitual*»); 2) el funcionamiento normal (Cita como ejemplo los daños en obras públicas sin culpa o de represión de desórdenes públicos también sin culpa de la fuerza pública); 3) el riesgo creado por la Administración (cuando hubiese caso fortuito, excepcionando la fuerza mayor; ya avisaba que será una cuestión de hecho que «dependerá de la perspectiva que adoptemos») y, por último, 4) el enriquecimiento injusto o sin causa.

Lo que pasó en las décadas posteriores lo explican muy bien Medina en «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» y el profesor Oriol Mir Puigpelat en su interesante artículo «Surgimiento, consolidación, crítica y superación del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración española».

Resumiendo (mucho) nos explican que, contrariamente a lo que había explicado García de Enterría en su artículo de 1955, en los años 70 se simplificó y se entendió que la responsabilidad era objetiva porque prescindía totalmente de la culpa. Esta interpretación *panaobjetivista*, como la define Medina, tuvo su *leading case* en la STS de 14/06/1991 (LA LEY 16134/1991) sobre los aneurismas gigantes; en esta sentencia se decretó la responsabilidad de la Administración, afirmando su carácter objetivo, pese a que la actuación del facultativo había sido conforme a la *lex artis*, esto es, sin culpa alguna; la sentencia decía que era irrelevante que el funcionamiento de los servicios públicos fuese anormal o normal porque si había relación de causalidad entre la prestación y el daño, la Administración era responsable.

Esta sentencia provocó una fuerte crítica doctrinal; destacó la del civilista Fernando Pantaleón que, como cuenta Mir, coincidiendo en esto con el estudio de García de Enterría de 1955, abogó con buen criterio por reservar la responsabilidad por funcionamiento **normal** de los servicios públicos para los casos por **responsabilidad por riesgo** previstos por el legislador y también para los **daños sacrificiales** que son «consecuencia inmediata o directa de 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»; Pantaleón pone como ejemplos los daños a los propietarios colindantes como consecuencia de la ejecución de obras públicas o el coche destruido por la policía por la sospecha de que contiene una bomba colocada por unos terroristas que está a punto de explotar.

Pese a la polémica doctrinal creada a raíz de esa STS de 14/06/1991 (LA LEY 16134/1991), Medina y Mir nos explican que la jurisprudencia no siguió ese camino que sí convertiría a la Administración en una especie de aseguradora universal como se repite en cientos de sentencias.

Como ya anticipaba Enterría, en la mayoría de los casos los Tribunales sólo condenan a la Administración si incurre en negligencia (funcionamiento anormal), si bien, debido a la confusión creada por la doctrina *panaobjetivista* que había hecho creer que la culpa no podía ser un título de imputación válido en el sistema, se enmascara de diversas maneras (p.ej. en la relación de causalidad o en la antijuridicidad).

Sin embargo, al lado de esta responsabilidad habitual por culpa, han convivido también otros supuestos de verdadera responsabilidad objetiva o sin culpa de los que nos ocuparemos ahora. Comenzaremos con la evolución histórica porque como decía el arquitecto Le Corbusier «es necesario conocer la historia, y quien conoce la historia sabe encontrar la continuidad que existe entre lo que fue, lo que es y lo que será».

2. La responsabilidad patrimonial sin culpa

A) Una imprescindible introducción histórica

En el brillante y muy clarificador artículo de Ignacio Rodríguez Fernández «La responsabilidad objetiva de la responsabilidad pública y la equidistribución del coste del bien común» el autor explica el origen de la responsabilidad sin culpa de las Administraciones Públicas y su evolución hasta llegar al momento actual.

Rodríguez comienza explicando la medieval **doctrina del estado de necesidad** que «se condensa en una frase que, desde que fuera acuñada por los canonistas medievales, es reiterada por sus defensores (y repudiada por sus críticos): **en las situaciones de necesidad todas las cosas pasan a ser colectivas**. En otras palabras: un individuo puede legítimamente servirse de la cosa que pertenece a otro para satisfacer un bien mayor».

El sustrato filosófico lo aportó la escuela tomista; defendían que en el origen la propiedad había sido común «pero no quedó más remedio que superarla distribuyendo los bienes exteriores *para poner remedio a la pereza y la codicia fomentadas por el sistema de propiedad común*. De ese «reparto originario» de las cosas surgieron los títulos de derecho, que, desde entonces, pueden ser objeto de transacción siempre que se cumplan las exigencias de la virtud de la justicia conmutativa, regida por el paradigma de la igualdad transaccional (que cada cual dé o reciba tanto como ha recibido o dado)»; aún así quedó «una reserva tácita según la cual todos los bienes pueden pasar nuevamente al ámbito de dominio colectivo. Por ello, si un individuo tiene la necesidad urgente de preservar su vida

(u otro bien de valor esencial) y, con esa finalidad, causa un daño en los bienes de otro, su actuación ha de reputarse lícita. **La escolástica tardía añade, no obstante, lo siguiente: el titular de los bienes sacrificados (colectivizados) ha de ser indemnizado por el beneficiario de la operación sacrificial, restaurándose, así, la situación (objetiva) de igualdad transaccional.** A través de esa indemnización, el interesado recupera la integridad de su esfera de bienes, que ha sido menoscabada sin su consentimiento para atender el interés de otro). **La licitud del comportamiento (determinado por la «justicia legal», como método de fijación de las conductas permitidas) no exime, pues, del deber de restaurar la igualdad en las cosas (determinada por la «justicia particular», como método objetivo de adjudicación de recursos)».**

Fue el jurista castellano Fernando Vázquez de Menchaca, miembro de la Escuela de Salamanca que este 2026 celebra su quinto centenario, quien trasladó esta doctrina del estado de necesidad a los sacrificios impuestos por el poder público; nos lo explica así Ignacio Rodríguez:

«Vázquez de Menchaca parte, al igual que los autores salmantenses que le habían precedido, del presupuesto según el cual la situación originaria de los hombres era la propiedad colectiva. En su opinión, una vez instituida la propiedad privada, el soberano sólo recibió poder sobre los bienes privativos *«para remediar aquellas necesidades y para exclusiva utilidad de los ciudadanos»*. Desde ese fundamento, **ha de aceptarse la posibilidad de que esos bienes privativos sean utilizados por el príncipe para atender a la necesidad pública, pero ha de mediar una justa compensación.** Según afirma el autor: *«[I]a razón de la anterior conclusión es que en tiempo de necesidad todas las cosas son comunes y así quien escogió vivir vida social, popular y civil, por el mismo hecho parece someterse a esta ley, que debe anteponer la utilidad pública a los bienes particulares, y por eso si la utilidad o necesidad de la república lo reclaman debe ayudar con sus bienes y ponerlos a su disposición»*.

Vázquez de Menchaca observa que **la indemnización del sacrificio singularmente impuesto opera como una reversión de su coste a la propia comunidad política, conforme a las reglas de solidaridad (justicia distributiva)** que han sido predeterminadas para afrontar las cargas o necesidades comunes, lo que dependerá de la riqueza de cada cual). De este modo, **la indemnización del sacrificio singular se concibe como una forma de equidistribución indirecta, por remisión a las reglas de solidaridad** fijadas en el sistema tributario. Por ello, la indemnización ha de cubrir todo aquello que excede de la parte alícuota que al afectado corresponde como miembro de la sociedad, debiendo ser, hasta alcanzar dicho importe, una compensación íntegra. **La clave está en evitar que «a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes», pues el ejercicio del poder público rectamente orientado al bien común exige que «a todos se les proteja por igual»».**

Rodríguez nos dice que Hugo Grocio defendió la misma doctrina del estado de necesidad en los daños causados por el poder público que Vázquez de Menchada. Pero como pasa muchas veces, posteriormente, Samuel Pufendorf realizó sólo una *recepción parcial de las teorías de Grocio*. Para Pufendorf entre los derechos que tiene el soberano sobre los bienes de sus súbditos está el de ejercer **el «dominio eminente»** en base a dos requisitos: «(i) la necesidad que el Estado tiene de «utilizar o sacrificar» el bien privativo por su «utilidad pública», y (ii) la indemnización del daño causado, en tanto que ésta sea posible». Ahora bien, rechaza la doctrina del estado de necesidad. Para Pufendorf y «los iusnaturalistas ilustrados la obligación de restituir al dañado procede, no del mandato positivo de dar a cada uno lo suyo, sino del incumplimiento por parte del dañante de uno de los deberes generales de conducta que, partiendo de la autonomía individual, constituyen deductivamente la clave de bóveda de todo el ordenamiento jurídico: el deber de no dañar a otro (neminem laede). Sólo del incumplimiento de ese deber general, derivado del ejercicio de la razón a priori, puede derivarse el resarcimiento del daño, siendo éste, como resultado de la infracción de un deber, ilícito por concepto». Es decir, **como regla general, sólo cabe indemnización cuando hay culpa; «afirmar que un acto humano es lícito y sostener que, pese a ello, existe un deber de resarcir los daños que se derivan del mismo no resulta conforme con el principio de «no contradicción»**. El deber de resarcimiento ha de tener, por ello, un fundamento distinto. Sin la posibilidad de acudir, como sus predecesores, a la noción aristotélica de la justicia conmutativa (como método de adjudicación de recursos que no va ligado necesariamente a la licitud del acto), **su respuesta introduce en el Derecho de Daños el paradigma que, desde entonces, predominará en el pensamiento jurídico europeo y triunfará en la propia codificación: el culpabilista».**

Sin embargo, hay excepciones; casos en los que no hay culpa que Pufendorf admite que hay que indemnizar; para Pufendorf «esos supuestos no son, en realidad, tan residuales, pues abarcan todos los casos en que el individuo dañado no sufre un perjuicio insignificante, bien por no ser rico, bien por la considerable entidad del daño

padecido. **Para todas estas hipótesis, el autor alemán reconoce que el acto lícito del dañante ha de convivir con una obligación de restitución. El sentido común obliga, así, a Pufendorf a mantener, en un amplísimo grupo de casos, la contradicción formal que él mismo denuncia: hay un acto lícito que genera, no obstante, un deber de resarcir.** Pufendorf no se atreve, pues, a descartar el resarcimiento, pero tampoco es capaz de atisbar, desde su nuevo paradigma «ilustrado», basado en la razón a priori, el fundamento último de ese extraño fenómeno de un acto lícito que genera un deber de resarcimiento. El problema teórico fundamental es justamente el que plantean los casos que Pufendorf, en su aparente coherencia lógica, deja sin explicar y que se despachan como una supuesta cuestión menor. Esa pauta se repetirá en la doctrina civil posterior. Así, en los numerosos casos (que acabarán etiquetándose equívocamente como formas de «responsabilidad objetiva») en los que la perspectiva culpabilista no sirva para explicar la resarcibilidad del daño, **ésta se aceptará como cuestión de mero sentido común, al que no hay más remedio que acudir en supuestos puramente excepcionales. Ese «sentido común» que late tras la indemnización de estas hipótesis sedicentes es, en realidad, como la doctrina acabará advirtiéndolo con el tiempo, la idea de justicia conmutativa, ajena a la licitud del comportamiento del dañante».**

En esta evolución histórica Rodríguez nos dice que «esta construcción es respetada por la obra iusnaturalista y racionalista hasta llegar, nuevamente, al Derecho legislado de las primeras Constituciones liberales. La misma Declaración Universal de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789, como texto político fundacional, revela, quizá mejor que cualquier otra fuente de la época, **el ímprobo esfuerzo invertido en conciliar una aparente antítesis: la teoría del «dominio eminente», fundada en una concepción moderada del derecho propiedad, y la nueva visión radical de dicho derecho, que había pasado a considerarse tan sagrado e inviolable como la vida o la libertad mismas.** La Declaración recoge ya, en su artículo 2, la concepción «naturalista» del derecho de propiedad, a la que tiende el iusnaturalismo posterior a la escolástica tardía. Pero, ante la necesidad de justificar el sacrificio de la propiedad privada para permitir el desarrollo de las tareas estatales, admite, al mismo tiempo, en su artículo 12, una forma de enajenación forzosa de la propiedad inmobiliaria, considerada entonces la fuente paradigmática de riqueza (...)

El texto revolucionario, con todas sus precauciones, no explicaba, sin embargo, la existencia misma de una potestad pública consistente en arrebatar coactivamente a un individuo un derecho, como el de propiedad, que era proclamado «sagrado» e «inviolable», del cual, según había afirmado Locke, nadie podía ser privado sin su consentimiento). **Nació, así, una contradicción entre la ideología imperante, que negaba la posibilidad de sacrificar los bienes de los particulares, y las necesidades reales del nuevo Estado liberal, que, con pragmatismo evidente, reconocía desde un primer momento que sacrificaría los bienes de los ciudadanos para realizar sus propios fines.** Una contradicción que no era tal desde las claves de la vieja escolástica, ya completamente olvidada, pero sí desde los paradigmas filosóficos posteriores, basados en el principio de no contradicción y en un método puramente deductivo.

En una primera fase de desarrollo, esa contradicción no fue especialmente flagrante. La preocupación inicial del Estado liberal en germen era la de crear la célebre «familia» de propietarios que había de constituir la fuente principal de su riqueza. Se trataba, en esa fase embrionaria, que en nuestro país queda encarnada por el fenómeno desamortizador, de favorecer la proliferación de propietarios, sin que apremiara aún **la necesidad de afrontar sistemáticamente la realización de grandes obras públicas. Cuando éstas se multiplicaron, ya entrado el nuevo siglo, la contradicción se hizo mucho más evidente. Fue entonces cuando se apreció con toda nitidez la incompatibilidad del nuevo Estado con el fundamento exclusivamente protector de derechos que le atribuía su pensamiento filosófico de base.** Se le reprochó, por ello, en el contexto de emergencia de la llamada «cuestión social», que se ocupara únicamente de atender los fines colectivos propios de la clase dirigente. Las nuevas tendencias funcionalistas se alzaron entonces contra los derechos subjetivos, especialmente el de propiedad, defendiendo que, lejos de proceder de un dato trascendente ligado a la naturaleza humana (la dignidad), los derechos son creaciones del Estado, que debe configurarlos y delimitarlos de acuerdo con el interés colectivo. Con ello, la acción social del poder público creció enormemente a costa de los derechos individuales, singularmente de la propiedad, sin que se planteara, no obstante, **el problema de la equidistribución de su coste, cuestión que quedó circunscrita a esa reminiscencia doctrinaria que era el concreto instituto de la expropiación forzosa.**

Con el advenimiento de un Estado social de Derecho, que ha de compatibilizar la protección de los derechos individuales, derivados de la dignidad de la persona, con la realización de las políticas públicas en interés común, se consagra un poder público sacrificial mucho mayor que el puramente expropiatorio (aunque la

expropiación forzosa queda estandarizada como el mecanismo ordinario de sacrificio de la propiedad privada). Pero el problema que supone la afectación singular de los derechos individuales fuera de las hipótesis puramente expropiatorias ya no puede ser ignorado como una mera cuestión de «delimitación de derechos». No puede aceptarse que la dialéctica estrictamente expropiatoria heredada del Estado de Derecho liberal contraiga la indemnización a los supuestos de actuaciones que suponen formal o materialmente una desposesión (excluyendo los que implican un daño, esto es, un menoscabo). **La combinación de dos pensamientos unilaterales (el puramente liberal que no admite más sacrificio que el expropiatorio y el puramente funcionalista, que admite todo sacrificio sin necesidad de que sea indemnizable) lleva a un resultado inasumible: fuera del caso estricto del art. 33.3 CE (LA LEY 2500/1978) los ciudadanos han de resignarse a que sus derechos sean lícitamente menoscabados sin que deba equidistribuirse el coste que singularmente se les impone por razón del bien común. Esa falsa dialéctica entre expropiación y delimitación habría sido fácilmente evitable si la doctrina de la necesidad hubiera sido acogida y desarrollada en su plenitud (no sólo en su vertiente de «dominio eminente»).**

Ello no quiere decir que antes del art. 121.1 LEF no se reconociesen daños sacrificiales incluso sin una ley que lo habilitase Medina en «A vueltas con la responsabilidad objetiva a propósito de la prisión provisional y el daño vacunal» pone como ejemplo

«En la práctica no fueron pocas las reales órdenes y sentencias que obligaron a la Administración a reparar a título de «equidad» daños sacrificiales, derivados del ejercicio normal del poder público, habitualmente en aplicación de preceptos de la legislación administrativa: pérdidas causadas por la abolición del diezmo a quienes hubieran adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo (llamados partícipes legos), perjuicios sufridos por combatir en guerras o realizar prácticas militares; daños derivados de la ejecución de obras públicas, el derribo de edificaciones o la nacionalización de empresas. Hubo incluso resoluciones que, partiendo de la doctrina del estado de necesidad, **sin específico apoyo legal**, declararon en algún caso la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la Real orden de 30 de diciembre de 1926, tras apreciar la ausencia de un precepto legal que estableciese específicamente la obligación de reparar los daños producidos por la caída de un hidroavión de la Aeronáutica Naval, declaró: *«salta a la vista la injusticia que entraña que los perjuicios que de modo fortuito se causan con deplorable frecuencia a consecuencia del peligroso servicio de Aviación recaigan exclusivamente sobre la persona que eventualmente los sufra en sus bienes, pues sería, sin duda, más equitativo que tales daños los soportara y sufragase la colectividad nacional, o sea el Estado»*. **Hizo descansar la obligación de indemnizar «en el deber de resarcir los perjuicios quien recibe el provecho, es decir, el interés público obligado con el interés privado, por razones de equidad».**

B) Delimitando la responsabilidad patrimonial sin culpa

Una vez hecha la introducción histórica, intentaremos delimitar cuándo nos encontramos con esos casos en los que el Estado ha actuado lícitamente sacrificando a un individuo o sometiéndolo a un riesgo específico en aras del interés general y hay que indemnizarle.

Para ello, comenzaremos acudiendo a Luis Medina y Gabriel Doménech que, en la lección 32 del Manual de derecho administrativo «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», nos explican que:

«80. Una de las principales innovaciones de la cláusula general establecida inicialmente por el artículo 121 LEF fue admitir la **responsabilidad objetiva**, denominada literalmente **"responsabilidad por funcionamiento normal"**. **Sin necesidad de que una ley la hubiera previsto específicamente, con el solo soporte de esa nueva cláusula de RPA, podía ordenarse la reparación del llamado "sacrificio especial", entendido como daño deliberada y lícitamente causado en beneficio del interés general**. Además de los **daños vacunales** producidos en casos como el expuesto en el párrafo anterior, cabe señalar a modo de ejemplo los perjuicios personales o patrimoniales ocasionados por las fuerzas de seguridad a terceros para combatir proporcionadamente una actividad delictiva; o las pérdidas patrimoniales de establecimientos comerciales causadas por las obras públicas, cuando estas no produzcan un beneficio igualmente significativo que las compense.

81. La nueva responsabilidad **por funcionamiento "normal"** canalizaba también la aplicación de **la teoría del riesgo específico**, doctrinalmente muy elaborada ya por entonces y, en cierto modo, manifestación de la del sacrificio especial. Se refiere a actividades particularmente peligrosas, que entrañan riesgos adicionales al general de la vida, actividades que llevan consigo una potencialidad dañosa extraordinaria y susceptible de actualizarse, aunque se

adopten todas las cautelas debidas. De acuerdo con la teoría del riesgo específico, el legislador, aunque sepa de antemano que serán muchos y frecuentes los daños derivados de esas actividades, puede permitirlos y promoverlos en atención al interés general, pero protegiendo a las víctimas con cargo al patrimonio de los concretos beneficiarios, esto es, de aquellos sujetos que desplegaron el riesgo permitido y actualizado a la postre. Se justifica así una responsabilidad objetiva basada en el riesgo especial autorizado o promovido, que surge aun sin culpa o negligencia de la Administración, salvo que el menoscabo provenga de una fuerza mayor exógena, extraña al peligro desplegado; el caso fortuito o fuerza mayor endógena (interna al riesgo) carece de virtualidad exoneradora. Hay expresiones legislativas concretas de esta responsabilidad objetiva por riesgo (p. ej., en materia de circulación de vehículos a motor, navegación aérea o energía nuclear). La jurisprudencia administrativa ha basado igualmente en el riesgo la responsabilidad de la Administración derivada del uso de armas de fuego por parte de agentes de policía (supra § 32.49)».

Volviendo a Ignacio Rodríguez en el artículo citado, después de reconocer que **«corresponde a Luis Medina el mérito de haber advertido la trascendencia de la idea de instrumentalización y su centralidad para la adecuada comprensión del funcionamiento de la cláusula de Estado «social», que habilita al Estado para «utilizar» a los individuos, actuando lícitamente contra sus derechos en beneficio del colectivo»**, dice:

«Mi tesis es, a grandes rasgos, la siguiente: un cierto abanico de daños que, siendo inaprensibles desde el paradigma culpabilista, coincidimos en considerar que han de ser en todo caso indemnizados (y que englobamos bajo la cobertura general de ideas como el riesgo o el sacrificio «especial») responden, en realidad, a una misma razón de fondo, que no puede ser considerada constitucionalmente neutra o irrelevante. En ellos, los derechos de ciertos individuos se ven instrumentalmente menoscabados para materializar un bien que el poder público considera de mayor valor, razón por la cual autoriza una agresión directa o la causación hipotética de un daño a través de una actividad que rompe la reciprocidad de los riesgos que son normalmente asumidos en la vida social. En tales supuestos, la carga económica generada en los derechos de los perjudicados debe ser equidistribuida entre todos los que pueden considerarse beneficiarios. Si el coste del daño instrumentalmente verificado en interés colectivo es soportado exclusivamente por quienes lo han sufrido en sus propios bienes y derechos, los individuos dañados no son tratados como fines en sí mismos, de acuerdo con su dignidad de personas. **Sin una equidistribución del perjuicio, la víctima es convertida en instrumento o herramienta de los demás.** (...)

Si es...el propio Estado el que, con la finalidad de obtener una utilidad pública, realiza la actuación dañosa en los bienes de determinados ciudadanos **estamos igualmente ante una actuación lícita, pero aquellos que la sufren de modo singular deben ser indemnizados con dinero público, pues de otro modo, al verse privados de un espacio de realización de sus propios fines, quedarían convertidos en meros instrumentos al servicio de los demás.** Imaginemos al Gobierno ordenando el derribo de una aeronave «kamikaze» y causando, con ello, la muerte, no sólo de los terroristas que la dirigen contra un lugar atestado de personas, sino también la de los pasajeros secuestrados. A través de la indemnización satisfecha con fondos públicos se produce la necesaria equidistribución del sacrificio de estos últimos, que es asumido por todos los beneficiarios (todos los miembros del colectivo) de acuerdo con las reglas propias de la estructura del sistema tributario (que responde a las reglas constitucionales de solidaridad). Se produce, en tal caso, una «equidistribución indirecta», por inserción del daño, a través de la indemnización pagada, en la estructura de solidaridad constitucionalmente establecida. Como se ha visto, **esto no es muy distinto a lo que ya decía Fernando Vázquez de Menchaca en el siglo XVI**, cuando teorizó por primera vez los requisitos del dominio eminente. Y es que, **en el fondo, estamos ante la misma lógica que concurre en la expropiación pagada con dinero público...el Estado autoriza (o realiza por sí mismo) injusticias conmutativas con la finalidad de obtener beneficios mayores, evitando, no obstante, la instrumentalización del afectado a través de la indemnización** (tanto en la equidistribución directa como en la indirecta). Menoscaba (o autoriza que se menoscabe lícitamente) la esfera de derechos de determinados individuos, a los que se debe indemnizar, procediendo así a una distribución equitativa del coste del bien común. (...)

Todos esos daños, en cuanto amparados en reglas legales que concretan y actualizan la cláusula social de la Constitución, han de ser considerados lícitos, pero la negación de su indemnización equivale a tratar a los perjudicados como meros siervos del poder. En ese marco general, la necesidad de indemnizar una «instrumentalización» viene impuesta por la eficacia del derecho constitucional que resulta sacrificado). La

fuerza del resarcimiento no es el designio arbitrista de un concreto «sistema objetivo» —que, como ejercicio de ingeniería jurídica, se habría de entender plasmado en el art. 106.2 CE (LA LEY 2500/1978), esto es, en un texto normativo que, en realidad, es sumamente vago y es, en todo caso, deferente con el legislador—. **Más sencillamente, el deber de indemnizar aparece como la respuesta al problema ético-constitucional que plantea la instrumentalización de una persona, situación en la que la compensación se revela como un requerimiento inherente al concreto derecho constitucional afectado.**».

En cuanto a la razón de ser de esta responsabilidad patrimonial sin culpa u objetiva, Luis Medina en «A vueltas con la responsabilidad objetiva a propósito de la prisión provisional y el daño vacunal» nos dice que:

«La responsabilidad objetiva no es sin más una responsabilidad basada en la simple causación de un daño, sino **un régimen que sustituye la culpa por otra buena razón (o título de imputación), que es la cosificación o instrumentalización de un individuo.** La hay cuando el poder público utiliza *legítimamente* a una persona *como un medio para beneficiar a otros* (interés general) o, más precisamente, *cuando causa coactivamente un mal (o impone un riesgo extraordinario materializado a la postre) con la finalidad de obtener ventajas sociales a expensas de una víctima que no ha cometido acto de agresión alguno*, siempre que los beneficios generales derivados de la vida comunitaria o los especiales que, eventualmente, resulten de la intervención lesiva no compensen el daño causado. En estos casos, **la responsabilidad objetiva sin culpa sirve, justamente, para contrarrestar la cosificación, esto es, para devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficios de la intervención lesiva (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978))**»

En esta obra y en «El problema de la culpa en el Derecho de Daños» Medina propone los siguientes requisitos que debe de cumplir un daño causado por un servicio público para encontrarnos ante un daño sacrificial (donde incluye tanto el sacrificio especial como el riesgo específico porque, en suma, ambos son un sacrificio) y que surja el deber público de indemnizar:

1) Intensidad del daño; las molestias leves no comportan un sacrificio; por ejemplo, reacciones leves de vacunación, ruidos normales durante la ejecución de obras públicas, o la paralización de una obra por una prospección arqueológica, en la que las distintas legislaciones establecen un umbral a partir del cual esa intensidad del daño genera derecho a indemnización del promotor. Por ejemplo, el art. 100 de la Ley 5/2016 (LA LEY 7443/2016), de patrimonio cultural de Galicia «Suspensión de la actividad por motivos arqueológicos.» dice que:

«1. Cuando en el curso de una obra, actividad o remoción de tierras, tanto si es en terreno público como privado, se constate o se presuma la existencia de un yacimiento arqueológico, la consejería competente en materia de patrimonio cultural podrá ordenar la intervención arqueológica de urgencia que resulte procedente e incluso paralizar, en su caso, las obras o remociones durante un plazo de dos meses, que podrá prorrogarse, de considerarse necesario, por otros dos meses. La paralización no conllevará derecho a indemnización.

2. Si la suspensión de la obra, actividad o remoción excede el plazo de dos meses, la Xunta de Galicia quedará obligada a compensar el daño efectivo que se hubiese causado con tal paralización. Los hallazgos realizados durante el plazo de suspensión no darán derecho a premio y los objetos se depositarán en el museo, colección visitable o centro o institución de carácter museístico autorizados que designe la consejería competente en materia de patrimonio cultural».

2) que haya más perjuicio que beneficio; por ejemplo, unas obras en la vía pública que perjudican a un bar, pero que, cuando finalizan aumentan la superficie de acera lo que le permite incrementar los ingresos después al poder poner más mesas en su terraza.

3) Intención de sacrificar del servicio público causante del daño; porque como explica Medina, si no, ya no sería un daño sacrificial y sólo podría haber responsabilidad por otro título de imputación, por ejemplo, la culpa.

4) que la víctima no haya contribuido a la causación del daño o que éste sea consecuencia de su actuación antijurídica; en este último caso, por ejemplo, la demolición de una vivienda construida ilegalmente no genera indemnización.

5) la ausencia de riesgos de desarrollo, cláusula prevista en el art. 34.1 de la Ley 40/2015 (LA LEY

15011/2015) que dice que «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

6) que no tenga un carácter tributario; por el deber de contribuir a los gastos públicos del art. 31 CE (LA LEY 2500/1978), sin perjuicio de que, fuera del daño sacrificial, pueda reputarse confiscatorio.

C) Algunos precedentes jurisprudenciales de responsabilidad sin culpa

Como introducción, la **STS de 19/9/2008 (RC 2118/2003 (LA LEY 132457/2008). Ponente Margarita Robles Fernández)** nos decía que:

«Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación a alegaciones como la de la ahora recurrente, respecto al **carácter objetivo** de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de reclamaciones derivadas de otorgamiento o denegación de licencias municipales, por todas citaremos nuestra Sentencia de 24 de Noviembre de 2.004 (Rec.411/2001 (LA LEY 10592/2005)) donde decimos:

"TERCERO.- El motivo ha de rechazarse. La alegación de la recurrente referida a la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de la que deriva u obtiene la conclusión de que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no es admisible en este caso.

Sobre esa cuestión esta Sala y Sección declaró ya en la Sentencia de 3 de octubre de 2.000 que "**la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas exige también, en efecto, un título de atribución, que no ha de consistir necesariamente en la existencia de dolo, culpa o negligencia por parte de la propia Administración o de sus funcionarios o agentes, ni siquiera en la denominada falta objetiva del servicio, es decir, el funcionamiento defectuoso no imputable a sujeto concreto alguno, y tampoco en la prestación de aquél de forma inadecuada o no ajustada a los estándares exigibles** con arreglo a la conciencia y sensibilidad social del tiempo en que los acontecimientos tienen lugar. **Aquellos títulos pueden, ciertamente, ser suficientes para la atribución de responsabilidad a la Administración, pero su concurrencia no es necesaria.**

El ordenamiento, en efecto, establece una responsabilidad de carácter objetivo, puesto que, admitiéndose como presupuesto tanto el funcionamiento anormal como el normal de la actividad administrativa servicio público, en la expresión empleada por la norma no es menester que concurren factores subjetivos de culpabilidad. El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LA LEY 3279/1992) plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley [...]"). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, **cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo**».

Citaré dos casos paradigmáticos en los que se dan los elementos a los que se refería Luis Medina para delimitar el daño sacrificial indemnizable.

El primero el resuelto por la **STS 23/03/2009 (RC 10236/2004 (LA LEY 23131/2009). Ponente Joaquín Huelin Martínez de Velasco)** relativa a los daños producidos en el Hotel *Miguel Ángel* de Madrid como consecuencia de la conexión de las líneas 8 y 10 del metro; en ella se acuerda una indemnización de los daños sufridos al establecimiento hotelero por estas razones:

«Ciertamente, la jurisprudencia [véanse las sentencias de 18 de abril de 1995 (casación 306/1993 (LA LEY 7753/1995), FJ 2º); 14 de abril de 1998 (casación 7292/93 (LA LEY 7126/1998), FJ 3º); y 13 de octubre de 2001 (casación 5378/97 (LA LEY 2487/2002), FJ 6º), las tres citadas por la Sala de instancia en el fundamento séptimo)] únicamente reconoce el derecho a ser indemnizado, en concepto de responsabilidad patrimonial, por la pérdida total

de los accesos a un establecimiento desde una carretera; considera, por el contrario, que no ha lugar a esa responsabilidad si la intervención administrativa se limita a la reordenación del viario con la finalidad de mejorar su trazado. En tales supuestos el daño no puede reputarse antijurídico, siendo más bien consecuencia de los riesgos que los ciudadanos tienen que soportar por su condición de tales. Así lo hemos expresado también en pronunciamientos posteriores, incluso para casos en los que el reclamante era titular de una instalación de restauración dedicada exclusivamente a dar servicio a los usuarios de la calzada [sentencias de 3 de junio de 2003 (casación 193/2001 (LA LEY 2594/2003), FJ 4º) y 19 de septiembre de 2008 (casación 7370/04 (LA LEY 137861/2008), FJ 3º)].

Ahora bien, a nuestro entender la tesitura de «Hotel Miguel Ángel» es muy distinta de las abordadas en las citadas sentencias, referidas a negocios de diferente naturaleza, algunos hosteleros, ubicados junto a vías de comunicación interurbanas. En nuestro caso se trata de un hotel, de alto standing, emplazado en el centro de Madrid y a cuyas puertas se desarrollaron «a cielo abierto», a lo largo de un año (desde abril de 1996 a finales de marzo de 1997), durante veinticuatro horas al día, unas obras que, según ha declarado probado la Sala de instancia, obligaron a modificar los accesos, supusieron el despliegue de maquinaria pesada y de los operarios correspondientes, provocando polvo, ruidos y vibraciones.

Esta constatación nos obliga a detenernos en el requisito de la lesión antijurídica, para analizarlo con mayor detenimiento.

Un daño es de tales características cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley. Así lo expresa con claridad el artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992). Este requisito subraya el talante objetivo de la responsabilidad de las organizaciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de aquella actividad, a la que se imputa el desenlace, su «normalidad» o su «anormalidad» [véanse las sentencias de 14 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 289/07 (LA LEY 96693/2008), FF JJ 3º y 4º) y 22 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º)].

Situados en esta perspectiva, la del administrado, parece que únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga. Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos [sentencias de 5 de febrero de 1996 (casación 2034/94 (sic), FJ 3º); 29 de octubre de 1998 (casación 2776/91 (LA LEY 10961/1998), FJ 2º); 11 de marzo de 1999 (casación 6616/94 (LA LEY 5657/1999), FJ 2º); 28 de junio de 1999 (casación 3150/95 (LA LEY 505/2000), FJ 4º); 16 de septiembre de 1999 (casación 3816/95 (LA LEY 203/2000), FJ 1º); 13 de enero de 2000 (casación 783/95 (sic), FJ 2º); 18 de diciembre de 2000 (casación 8669/96 (LA LEY 1678/2001), FJ 3º); 12 de julio de 2001 (casación 3655/97 (LA LEY 6374/2001), FJ 2º); 21 de abril de 2005 (casación 222/01 (LA LEY 1672/2005), FJ 3º); 14 de febrero de 2006 (casación 256/02 (LA LEY 10942/2006), FJ 3º); y 31 de enero de 2008 (casación 4065/03 (LA LEY 1166/2008), FJ 2º).

De esos tres títulos posibles, el único con virtualidad para exigir a «Hotel Miguel Ángel» que afronte los daños que dice haber padecido por las obras ejecutadas durante doce meses a las puertas de su hotel sería el último, esto es, la existencia de una obligación, impuesta a los ciudadanos, de tolerar los perjuicios que dimanan de la ejecución de las obras públicas aprobadas en beneficio de todos. Tal es la ratio decidendi (la razón para decidir) que se trasluce en los fundamentos octavo y noveno de la sentencia impugnada, contra la que se revela la compañía recurrente en el segundo motivo de casación y en la última parte del primero.

La cuestión consiste, pues, en indagar si, tal y como acontecieron los hechos, extremo sobre el que hay consenso, el perjuicio sufrido por la compañía recurrente supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales [sentencia de 16 de diciembre de 1997 (casación 4853/93 (LA LEY 1820/1998), FJ 6º)] o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora [véanse en este extremo las sentencias de 14 de febrero de 2006 (casación 256/02 (LA LEY 10942/2006), FJ 3º) y 16 de noviembre (sic) de 2008 (casación 453/06, FJ 3º), que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-

legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto].

Pues bien, en esa pesquisa dos notas, una objetiva y la otra de índole subjetiva, se destacan sobremanera para evidenciar lo que, a nuestro juicio, constituye un error de la Sala de instancia en la apreciación y en el análisis de este elemento, netamente jurídico, del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. La primera consiste en que, como se enfatiza en la propia sentencia y se obtiene de las actuaciones (véase el artículo 88, apartado 3, de la Ley 29/1998 (LA LEY 2689/1998)), las obras se emplazaron a lo largo de toda la fachada del hotel, de manera que afectaron muy directa y singularmente a la actividad desenvuelta en el mismo. Los trabajos, por su ubicación, no incidieron con la misma intensidad en otros inmuebles, negocios o actividades del entorno. Los transeúntes soportaron las molestias de una calle cortada y en obras; los titulares de actividades económicas en la zona sufrieron, sin excepción, las consecuencias de la ejecución de unos trabajos públicos, llevados a cabo en beneficio de todos y para mejorar el transporte metropolitano de Madrid; pero nadie, salvo la compañía recurrente, tuvo que soportar durante un largo periodo una excavación «a cielo abierto» en la puerta de su negocio, con maquinaria pesada y los consiguientes efectos. Los documentos aportados en el periodo de prueba reflejan esas singulares consecuencias (ocasionales cierres de los accesos; cambio de los mismos que obligan a sacar la basura por la zona de equipajes; cortes en el suministro de gas; rotura de las tuberías que abastecen de agua al hotel; pérdidas de las comunicaciones telefónicas; etc.).

La nota subjetiva consiste en la actividad desenvuelta por la empresa recurrente, que es la hotelera. Un hotel es un establecimiento destinado a proporcionar un cómodo alojamiento y alimentación adecuada a huéspedes y viajeros. A nadie se le puede escapar que esa actividad se ve seriamente obstaculizada por la realización de unas obras públicas que, según se nos dice en la sentencia impugnada, supusieron el despliegue de maquinaria y trabajadores, polvo, ruidos y vibraciones durante muchas horas al día. Difícilmente puede reposarse con trabajos de excavación y perforación en las inmediaciones, muy cercanos a la puerta del alojamiento.

En suma, no compartimos la opinión de la Sala madrileña, conforme a la que los perjuicios padecidos por «Hotel Miguel Ángel» no pasan de ser las normales consecuencias que todos hemos de encarar fruto de la vida en una sociedad que demanda unos mejores servicios, constituyendo cargas generales ligadas al estatus jurídico de ciudadano. Ni por la ubicación y características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño. Las circunstancias de que los accesos al hotel se clausuraran ocasionalmente, de que las obras se ejecutaran conforme al proyecto aprobado y de que sus responsables mantuvieran contactos y reuniones frecuentes con los directivos del hotel no desdicen nuestra conclusión, pues únicamente evidencian que la actuación administrativa fue normal, pero esta regularidad no elimina la responsabilidad patrimonial ex artículo 106, apartado 2, de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), que obligan a indemnizar a los ciudadanos que sufran en su patrimonio jurídico una lesión que no estén constreñidos a sobrellevar, aun cuando derive de una actuación administrativa jurídicamente correcta.

Las anteriores razones nos permiten discrepar también del dictamen emitido en este caso por el Consejo de Estado, que se mantiene en un análisis muy abstracto de la cuestión, sin abordar el estudio de las particularidades concurrentes en el supuesto sobre el que dictamina, pues no se trata simplemente de que se hayan realizado unas obras junto a un inmueble donde se regenta un negocio, cuyo titular tenga unas expectativas amparadas por las mismas, sino de los perjuicios singulares e individuales causados a esa actividad mercantil.

En definitiva, a nuestro juicio nos encontramos en el caso analizado ante una lesión antijurídica, por lo que, al no entenderlo así, la sentencia impugnada infringe el artículo 141 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), debiendo casarse»

Por otro lado, la **STS de 9/10/2012 (RC 6878/2010 (LA LEY 154029/2012). Ponente Santiago Martínez-Varas García)** de daños provocados por la vacunación de la gripe. En ésta se decretó la responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por una persona de 37 años que, siguiendo las recomendaciones de las campañas anuales públicas, acudió voluntariamente a vacunarse de la gripe y sufrió el síndrome de Guillain-Barré, lo que provocó que se quedase en una silla de ruedas. Lo razona así:

«...la sentencia tiene como hechos acreditados que la reacción y el grave padecimiento de don Gervasio tienen relación causal con la administración de la vacuna contra la gripe, y a los que integramos que ello fue en el curso de

la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria, sin estar incluido en ningún factor de riesgo, en prevención de su posible extensión a terceros por razón de su trabajo y posterior absentismo laboral.

Establecido lo anterior, podemos concluir que el daño causado no dimana de la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento; y que, igualmente, se acomodó a la "lex artis" en lo que demandaba el derecho de información del paciente. Ahora bien, **es igualmente cierto que la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa**, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que se ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación, considerando además, según nos recuerda el informe del doctor Jesús Ángel , que éstas persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsible y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas.

En otros términos, fuera en este caso el desorden neurológico del recurrente, o bien la plasmación de un riesgo propio del medicamento o una excepcional reacción autoinmune a la vacuna, lo relevante es que la sentencia tuvo por acreditada la relación causal entre el Síndrome de Guillain-Barré y la previa vacunación, por lo que **el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanan de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población**, con las excepciones conocidas, y de modo especial a los distintos grupos de riesgos perfectamente caracterizados, pero de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad.

En consecuencia se estima el primero de los motivos que invoca como infringido el artículo 141.1 de la Ley 30/1.992 (LA LEY 3279/1992) , en cuanto que el recurrente no tiene el deber jurídico de soportar el daño acreditado que experimentó como consecuencia del acto de la vacunación, antigripal en 2.002 y que conllevó que el mismo quedase afectado por el síndrome Guillain-Barré con las graves consecuencias que conocemos, así como el motivo tercero en cuanto a la parcial integración de hechos».

Una vez realizada esta necesaria introducción estamos en disposición de afrontar el análisis de la sentencia para lo que comenzaremos por el principio.

III. Los antecedentes

En el marco de la pandemia por el Covid-19, el 1/07/2021 una persona recibe en el servicio de salud extremeño una dosis de la vacuna Janssen. El 26/08/2021 acude a urgencias con un cuadro grave de trombosis mesentérica que requirió intervención quirúrgica.

Se presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Extremeño de Salud (SES) en base a la relación causal entre la vacuna y la trombosis, reclamando una indemnización por los daños sufridos.

Ante la desestimación presunta por silencio de dicha reclamación, interpone recurso contencioso-administrativo que es resuelto por la Sentencia del Juzgado nº 1 de lo contencioso-administrativo de Cáceres de 04/03/2024 (Ponente Jesús Luis Ramírez Díaz) que estimó el recurso en base a los siguientes argumentos:

«Acreditada, por lo tanto, a la vista de este informe, la relación causal entre la vacunación y las lesiones sufridas por la hoy recurrente, la siguiente cuestión a examinar es si la hoy recurrente tenía la obligación de soportar el daño sufrido.

La dispensación de la vacuna frente al virus Covid 19 a la hoy recurrente lo fue en el marco de la Estrategia de

Vacunación frente al Covid-19 en España, con la que se pretendía una doble finalidad protectora, individual y colectiva. Según documento de la referida Estrategia, fechado el 21 de diciembre de 2021, "la finalidad de la vacunación es prevenir que las personas vacunadas contraigan la enfermedad y, caso de contraerla, disminuir la gravedad y mortalidad de la misma, evitando el riesgo que ello puede conllevar para su vida e integridad (protección directa) y poder llegar a controlar la epidemia mediante el aumento de la población que, por medio de la vacuna, puede quedar inmunizada frente a la misma (protección indirecta)".

Al haberse producido los daños cuya reparación reclama la recurrente en el marco de esta campaña de vacunación global, en la que, junto al beneficio individual, se pretendía proteger a la sociedad en su conjunto, atajando la propagación de la enfermedad, no resulta exigible a los perjudicados la obligación de soportar los efectos adversos que hayan podido sufrir con ocasión de esa vacunación global cuando la misma se ha promovido por la Administración en beneficio de toda la sociedad. **En estas circunstancias, ha de ser el conjunto de la sociedad, por un principio de solidaridad, la que debe asumir los daños producidos.** Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de diciembre de 2020 (LA LEY 267712/2020), *"si bien la obligación de vacunación constituye una carga del ciudadano de asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificados como leves o moderados, el principio de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros impone que, cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, ésta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho a la máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal"*.

Este principio de solidaridad, como título de imputación de la responsabilidad patrimonial aquí accionada, aparece recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2012 (LA LEY 142303/2012), al decir que *"la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que se ha concretado un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación, considerando además (...) que éstas persiguen objetivos no sólo particulares, sino también generales de salud pública para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral"*.

Considera la letrada de la Administración demandada que no cabe atribuir responsabilidad al Servicio Extremeño de Salud por las reacciones que pudieran derivarse de la vacuna tras su correcta inoculación, toda vez que la evaluación y autorización de dicha vacuna no entra en el ámbito competencial del SES.

Tal alegato exculpatorio no puede compartirse, pues, por un lado, y como se ha señalado anteriormente, el título de imputación de la responsabilidad de la Administración no es la toxicidad de la vacuna, sino el principio de solidaridad, y, por otro, porque, según la Estrategia de Vacunación frente al Covid-19 (documento de fecha 2 de diciembre de 2020), "Cada una de las Comunidades y Ciudades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia de vacunación, serán responsables de desarrollar cuantas acciones sean necesarias para el desarrollo de la Estrategia en sus respectivos territorios de forma coordinada con el resto de las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Sanidad".

QUINTO.- Finalmente, en cuanto al importe de la indemnización, teniendo en cuenta la edad de la recurrente y los padecimientos sufridos, según el informe médico aportado con la demanda, se fija prudencialmente como indemnización la cantidad de 40.000 euros, al no ser de aplicación preceptiva en el ámbito de la responsabilidad patrimonial el baremo para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación.».

El SES recurrió en apelación la sentencia, recurso que fue desestimado por la STSJ de Extremadura de 03/05/2024 (LA LEY 78168/2024) (Ponente Mercenario Villalba Lava) diciendo lo siguiente:

«En el presente caso no pensamos que se trate de una responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración ni por la aplicación de productos defectuosos sino que **se deriva de un funcionamiento normal derivada de la complicada situación de una gran mortandad por una pandemia.** La Administración consideramos

que **aconsejó de una manera un tanto forzada a la población, tal y como señala la recurrente, a que llevase a cabo su vacunación, ciertamente que también en beneficio particular pero sobre todo y a la vista de los efectos que producen en la colectividad y teniendo en cuenta, que son los fines que esencialmente le preocupan y también en atención a la función que desempeña y tutela la Administración, y con resultados muy graves en caso de no tomar medidas**, especialmente, a la vista del escaso riesgo que en términos porcentuales se decía que producía la inoculación de la vacuna. Por todo ello **entendemos que el caso ha sido correctamente valorado por el principio de solidaridad en la sentencia de instancia**, teniendo en cuenta que **el título de imputación de la Administración, en el que participa activamente a través de la conducta administrativa, es la salvaguarda de los intereses públicos, en este caso, el contagio que, indudablemente, afectaba a la sanidad pública, intereses generales que, en muchas ocasiones, producen daños colaterales y que, han dado lugar a que se establezca una responsabilidad por riesgo en quien pone en funcionamiento el mismo**, y de ahí que tal y como sucede en otros muchos campos, como puede ser la legislación en materia de circulación de vehículos a motor o de consumidores, que **el criterio de culpabilidad prácticamente se objetivice, en función de la protección a los concretos casos que resultan de la puesta en funcionamiento de este riesgo, y cuya preponderancia por la creación de un riesgo, que se asume por quien lo pone en marcha, determinaría que en estos supuestos no existiría obligación de soportar, en cuanto creador de una doctrina en muchos sectores como los citados y de evolución en la responsabilidad patrimonial de la Administración, que entendemos da lugar a un criterio preferente de responsabilidad por riesgo** que, como se ha dicho, claramente, se produce en otros sectores de las actividades económicas y en este también de la responsabilidad administrativa. De esta misma manera, **la función que desempeñaba cada uno de los ciudadanos que se vacunaba, no solo le beneficiaba a él sino a toda la colectividad y si ahora no se atendiera a quienes se han visto singularmente perjudicados a consecuencia de esta actividad individual y de trascendencia colectiva se rompería el principio de igualdad en el levantamiento de las cargas o de los peligros que acechan a la sociedad** de ahí que, realmente, **exista un principio de solidaridad social, que sirve de fundamento de actuación y consecuente responsabilidad**. Lo expuesto determina que no debamos entrar en las alegaciones relativas a la Administración como aseguradora universal, especialmente en aquellos supuestos en los que el nivel de desarrollo de la ciencia no permitía conocer los daños que posteriormente se causaron, toda vez que eran conocidos y se explican las causas por las que esta creación de un riesgo en beneficio de la colectividad son los intereses públicos que tutela la Administración y al igual que en determinados sectores de la economía e incluso privados han dado lugar a un principio de responsabilidad por riesgo, desplazando al de culpabilidad o modulando la antijuridicidad y también en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, que fue pionera en recoger estos principios. El artículo 33.2 de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015) establece un principio de responsabilidad solidaria cuando no sea posible la determinación de la misma, concurriendo varias Administraciones y atendiendo a los principios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención y a la vista de que la Sanidad es competencia Autónoma y ha intervenido abiertamente en la dispensación de las vacunas ha de reconocerse la responsabilidad del SES en este caso».

Esta STSJ de Extremadura parece haber tenido a la vista el artículo de Luis Medina **«Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del Covid-19»**, a cuya lectura íntegra me remito y sobre el que luego volveré.

El SES preparó recurso de casación que fue admitido a trámite por ATS de 26/02/2025 con la intención de fijar doctrina jurisprudencial sobre las siguientes cuestiones:

«determinar si la existencia de efectos adversos en algunas personas por la inoculación de vacunas contra el Covid-19 deriva en una responsabilidad patrimonial para la Administración y en su caso cuál sería la Administración responsable».

IV. La STS de 26/01/2026

La sentencia, después de señalar que nos hallamos en una situación excepcional de pandemia, nos recuerda su jurisprudencia general en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, en la que sólo hay lesión indemnizable si la actuación médica ha infringido la *lex artis*, el estándar medio (STS 15/03/2018, RC 1016/2016 (LA LEY 15579/2018)).

Sobre la vacunación dice que «como acto médico, supone una modalidad de asistencia sanitaria y prestación farmacéutica especial, y, además, la principal manifestación de la política preventiva en el ámbito de la salud

pública. Precisamente, como medida sanitaria de carácter preventivo o profiláctica, presenta una doble dimensión que aúna la faceta individual y colectiva. Y es que, juntamente con el interés individual de cada persona en prevenirse frente a ciertas enfermedades, converge un interés general y una función social al servicio de un bien relevante, como es la consecución de la inmunidad de grupo y lo que esta representa en términos de control epidémico».

Después de explicar como ya señalaban Luis Medina en el artículo citado y el profesor Carlos Aymerich Cano en «Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial», no existe en España una obligación general de vacunación, sino que es voluntaria, señala que la vacunación en la pandemia siguió este mismo régimen; aunque admite algún tipo de incentivo que señala cercano al *nudging*, **acaba concluyendo que la decisión de vacunación de la perjudicada fue un acto totalmente voluntario**; lo explica así:

«Cierto es que, en este paradigma de vacunación voluntaria recomendada, la intervención de los poderes públicos, en la mayor o menor intensidad de la recomendación, puede propiciar resultados claramente diferenciados, no solo desde la perspectiva del éxito de la vacunación, sino también desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas derivadas de dicha intervención.

Pero la campaña de vacunación contra la COVID-19, por muchas razones —y más en los momentos iniciales—, se alejó notoriamente de una campaña convencional de vacunación, al haberse desenvuelto en medio de una pandemia que, amén de su fuerza devastadora en todos los órdenes, se caracterizó por un escenario de inestabilidad e incerteza que la alejó de cualquier estándar de normalidad.

No cabe duda de que, desde las Administraciones, estatal y autonómicas, se adoptaron incentivos o estímulos adicionales de carácter positivo y negativo —cercanos a la técnica del *nudging*—, como herramientas para propiciar y garantizar una vacunación generalizada contra la COVID 19. Pero claramente dichos estímulos no adquirieron una intensidad suficiente para determinar una pérdida del carácter voluntario de la vacuna. No, al menos, con carácter general, sin que se haya acreditado, en el supuesto de autos, que, individualmente, tales estímulos —principalmente los negativos— conllevaran una obligación de vacunación de tipo individual, ya sea por condiciones personales o profesionales. Existían, incluso, otras medidas recomendadas por las que se podía haber optado, como la realización de test de antígenos o cuarentenas, que suponían una alternativa viable y plausible a la propia vacunación.

Resulta evidente, por tanto, que no se trató de una campaña marcada por la obligatoriedad. Es más, en la propia *Estrategia para la vacunación contra la COVID-19* se aludía a la firme convicción de que se podían *"lograr mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna es voluntaria"*.

La vacunación voluntaria gira alrededor del principio cardinal del consentimiento libre e informado, ya previsto en el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (LA LEY 4009/1999) y ratificado por España el 23 de julio de 1999. En consecuencia, **debemos reputar que la opción de inocularse la vacuna de la COVID-19 constituía una decisión estrictamente personal.** Dicho principio debería modularse, no obstante, allí donde la persona carezca de la capacidad suficiente para expresar su consentimiento, aspecto aquí no suscitado (...)

...debemos afirmar que, en caso de que nos hallásemos ante una vacuna entendida como obligatoria, los efectos adversos, aunque raros o muy raros, podrían entenderse como una carga social que la colectividad debería resarcir, primando el beneficio colectivo sobre el daño individual y trasladándose la asunción del riesgo del individuo a la colectividad, en aplicación del principio de solidaridad y socialización de riesgos.

Por el contrario, en el supuesto de la vacuna del COVID-19, aunque recomendada e incentivada por la Administración en atención a sus beneficios individuales y colectivos, esta se produjo en un contexto pandémico de carácter excepcional, en cuya inoculación consideramos que primaba el carácter preventivo individual respecto al colectivo, y para la que, además, **resultó imprescindible una conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente.**».

Al ser según la sentencia la vacunación un acto meramente voluntario y haberse hecho públicos los riesgos de la vacuna Janssen a principios de 2021, **niega que la sociedad tenga que responder de los daños causados porque el beneficio individual era mayor que el colectivo** y que, en todo caso, tanto los ciudadanos como la Administración aceptaron el riesgo que la novedad de las vacunas comportaba:

«Sentado el carácter voluntario de la vacuna, y dentro de lo que podríamos considerar como un justo reparto de beneficios y cargas, el principio de solidaridad y socialización de riesgos no puede resultar preponderante en la cuestión que se nos suscita, pues **el beneficio individual —en una situación pandémica de riesgo vital— claramente se equiparaba o sobrepasaba al beneficio colectivo**. Es decir, trasladar el inherente riesgo que comporta este acto médico a la sociedad, por mor de una forma de pacto de solidaridad entre el individuo y la colectividad, resultaría desproporcionado e injustificado en atención a la excepcionalidad de la situación vivida y al acreditado beneficio que suponía la vacuna para los ciudadanos que voluntariamente decidían someterse a su inoculación.

Ciertamente, en el estado de conocimiento de la ciencia en el momento en que comenzó el suministro de vacunas, el balance entre las ventajas y desventajas de la vacunación contra la COVID-19, en términos generales, se decantaba de una manera muy clara hacia el haz de la salud individual de la persona, esto es, hacia su caracterización como herramienta de prevención individual. En este sentido, **la ausencia de vacunación no solo suponía una merma de esa protección individual, sino que también exponía al individuo a un peligro real y muy grave de desarrollar la enfermedad, dado el alto índice de contagio del virus SARS-CoV-2. En ciertas condiciones y circunstancias individuales, este riesgo implicaba, incluso, un aumento significativo de la mortalidad como consecuencia directa de la infección por el virus**. Por lo tanto, bajo los parámetros científicos y epidemiológicos vigentes entonces, la vacunación se consolidaba como la opción más segura y beneficiosa para la protección de la salud individual frente a los peligros evidentes de la pandemia.

Cabe pensar que los daños derivados de un proceso generalizado de vacunación, y más atendiendo a las singulares condiciones en las que la fabricación y autorización de la comercialización y distribución de las vacunas se produjo —por la necesidad de recortar muy significativamente los tiempos normales de experimentación clínica y fabricación—, podrían haberse evitado si los márgenes temporales hubiesen sido otros, similares a los procedimientos ordinarios seguidos en otros procesos de vacunación. Y, desde luego, como efectivamente **se hubiesen evitado es si las Administraciones responsables, en una decisión de aplicación de mayor cautela —que seguramente hubiese tenido un gran rechazo social—, hubiesen optado por prohibir o rechazar la aplicación de este tratamiento preventivo. Lo que ocurre es que, muy probablemente, en esa hipotética situación, los daños hubiesen sido muy superiores a los derivados de la aplicación de la vacuna. De esta forma, tanto las Administraciones como, singularmente, los individuos que optaron por someterse a la vacunación aceptaron el inherente riesgo que esta comportaba (...)**

Debemos insistir en que, en la necesaria ponderación de los beneficios que objetivamente reportaba la vacunación del COVID-19, el principio de solidaridad no puede determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues la carga social que se asumía con la vacunación no era preponderante frente al beneficio que reportaba al individuo en términos de minoración del riesgo de contraer una enfermedad grave y potencialmente mortal. Es decir, este beneficio individual superaba al beneficio social derivado de la adquisición de inmunidad grupal o de rebaño».

No niega que no deba de responderse en ningún caso por la excepcionalidad de la pandemia, pero indica que lo que denomina «estándares» deben de ser otros; que **sólo respondería la Administración sanitaria si infringiese la *lex artis* al aplicar la vacuna, conservarla mal o no hacer el debido seguimiento a reacciones adversas porque, en este caso, no hay una ley que haya impuesto esa obligación de resolver por funcionamiento normal:**

«La Administración deberá seguir respondiendo por el funcionamiento anormal del servicio y, en este caso, por la vulneración de la *lex artis ad hoc*. Pero, en ausencia de una previsión legal que reconozca la singularidad de la vacunación como manifestación de solidaridad colectiva merecedora de una respuesta consecuente en el régimen de responsabilidad por funcionamiento normal, la Administración, de producirse algún episodio de accidente grave, quedará eximida dada la voluntariedad de la vacuna y los riesgos del progreso.

De alzarse este estándar, provocando la extensión del ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial, se llevaría al desincentivo de que la Administración, en una situación similar, promoviese o recomendase un mecanismo de prevención como la vacuna que, como el tiempo ha demostrado, resultó eficaz tanto desde la perspectiva de la prevención individual como de la prevención grupal. Es decir, el sistema de responsabilidad patrimonial no puede erigirse en un obstáculo para que los poderes públicos adopten medidas, amparadas, además, en la decisión final particular de los ciudadanos, que supongan un claro beneficio, representado en la propia salud

individual, pero también en el funcionamiento de los servicios de la Administración. Así, **la mejor protección de la salud se logra con la minoración de la carga sanitaria en centros hospitalarios y, en definitiva, se persigue con la adopción de esas medidas un retorno a la normalidad que implique una menor restricción de derechos y una salida de la excepcionalidad derivada de una situación de pandemia.** El beneficio es general, pero no cabe duda de que es, ante todo, individual.

Es evidente que, si la Administración tuviese que erigirse en **aseguradora universal** de todos los riesgos que pudiesen deducirse de acciones como esta, tal medida condicionaría la propia iniciativa y actuación de la Administración, haciéndole sopesar la conveniencia de adopción de medidas que supusieran un mayor riesgo potencial sobre la base de un una posible quiebra o desbordamiento del propio sistema. Y es que una enfermedad infecciosa como la derivada del COVID-19, altamente transmisible por vía aérea y a través del contacto personal, no solo conllevó un alto riesgo para la salud humana derivado del elevado índice de propagación sino, además, un riesgo de colapso de los servicios sanitarios, tal como de hecho sucedió, asociado todo ello a un incremento de la mortalidad y morbilidad, por lo que **la campaña de vacunación preventiva contra la misma perfectamente puede ubicarse en el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE (LA LEY 2500/1978)) y en el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE (LA LEY 2500/1978)).**

Bajo esta consideración, **la responsabilidad de la Administración autonómica, como encargada material de la ejecución de la propia vacunación a través de sus servicios de salud, derivará del funcionamiento anormal de sus servicios** y no, por tanto, de aquellos eventos perjudiciales producidos cuando el servicio público actuó correctamente. Esta línea divisoria entre el funcionamiento normal y anormal se sitúa en el cumplimiento o incumplimiento de los estándares de calidad exigibles a cada uno de los servicios públicos. Y cuando se trata de los servicios sanitarios, **ello se concretará en la *lex artis ad hoc*, esto es, en la constatación del seguimiento de las buenas prácticas profesionales aplicadas al caso concreto.**

Desde la perspectiva de la vacunación, por ende, la responsabilidad derivará por un incorrecto funcionamiento en la conservación de la vacuna, por haberla aplicado sin respetar la *lex artis* o, incluso, por no haber llevado a cabo un seguimiento adecuado del paciente que sufrió reacciones adversas en caso de que sea tal omisión la que provoca o agrava el desenlace dañoso. Por el contrario, la Administración autonómica quedará eximida de la responsabilidad de los daños derivados de las características intrínsecas de la vacuna, incluso cuando esta sea defectuosa, tal y como hemos afirmado en nuestra STS de 20 de abril de 2007 (Rec. 2519/2003 (LA LEY 20633/2007)), así como en las más recientes SSTS de 21 de diciembre de 2020 (LA LEY 204509/2020) y de 21 y 28 de enero de 2021, todo ello teniendo en cuenta que la selección y aplicación a los distintos grupos de población de las vacunas contra la COVID ha sido decidida por otras administraciones e instituciones. Ciertamente es que, en el supuesto concreto de las vacunas contra la COVID-19, el acuerdo firmado entre la Comisión Europea y los Estados miembros, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020, en su artículo 6, altera esta situación de normalidad, en tanto establece que los Estados miembros que adquieran una vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución, pudiendo implicar una exoneración de los fabricantes de vacunas en virtud de los términos y condiciones firmados. No obstante, este tema es irrelevante en la cuestión que aquí se plantea, ajena a un posible defecto en la vacuna (...)

Así, **la responsabilidad administrativa, en este caso, quedó limitada a aquellos supuestos en los que se hubiese producido una actuación administrativa que derivase de una mala praxis (funcionamiento anormal o normal, pero ejercido de forma fallida), o hubiese una falta de diligencia debida,** pues el título de responsabilidad universal de la Administración —en particular, de la Administración autonómica encargada de la vacunación a través de su servicio de salud, que fue, en gran medida, únicamente ejecutora de políticas y decisiones ajenas— debe reputarse como excepcional y ha de ser objeto de interpretación sumamente restrictiva. Mucho más en supuestos que se alejan tanto de lo ordinario como puede ser el producido en un contexto pandémico de inusitada gravedad, como el acaecido en el caso del virus de la COVID-19».

Para terminar, además de fijar la doctrina que hemos visto al inicio y, consecuentemente estimar el recurso de casación del SES y revocar las sentencias de instancia al no haberse demostrado una infracción de la *lex artis*, declara que esta decisión y doctrina no supone revocar la doctrina sentada por la STS de 09/10/2012 (LA LEY 154029/2012) antes citada:

«**Conviene recalcar que esta doctrina no supone una rectificación de la establecida en nuestra STS de 9 de octubre de 2012 (LA LEY 154029/2012) (Rec. 6878 2010).** Se trata de una **indispensable matización** a la luz de las circunstancias excepcionales acaecidas en el caso de la pandemia sufrida como consecuencia del virus SARS-CoV-2 y que difieren, en lo sustancial, de los hechos en los que se conformó la citada doctrina jurisprudencial. Y es que no podemos establecer una equivalencia entre una situación pandémica en la que se produjeron, en un escaso periodo de tiempo, decenas de miles de muertes en nuestro país y que impulsó a la adopción de medidas tan excepcionales como las arrojadas durante el Estado de Alarma y los meses posteriores, con las acaecidas en el marco de una campaña de vacunación ordinaria, enfocada a la prevención de los riesgos derivados de una enfermedad de carácter estacional como es la gripe. **Y esos rasgos de excepcionalidad no solo calificaron las medidas que tuvieron que adoptar las Administraciones durante ese periodo temporal, sino también las decisiones y riesgos que tuvieron que asumir los ciudadanos** en el marco de un conjunto de hechos y circunstancias insólitos en nuestra historia moderna, que implicaban la asunción conocida y consciente de determinados riesgos».

V. Algunas reflexiones personales

La primera cuestión es si es cierto como afirma la sentencia que la opción de inocularse la vacuna de la COVID-19 constituyó **una decisión estrictamente personal**, sin que los estímulos promovidos por las Administraciones influyesen lo suficiente como para hacer surgir la responsabilidad patrimonial.

A mi juicio, con el máximo respeto, **no es así**.

Existía una estrategia europea de vacunación, ejecutada a través de todas las Administraciones implicadas, en España, el Gobierno y las Comunidades Autónomas que se incentivó a través de determinados mecanismos como el Certificado COVID, cuya carencia dificultaba mucho los movimientos y los accesos a establecimientos públicos.

En «**El Certificado COVID y la imposición indirecta de la vacunación**», que los amigos del Diario La Ley tuvieron la amabilidad de publicarme el 03/01/2022 y que había sido antes publicado el 20/12/2021 en el blog del equipo del profesor Juli Ponce sobre Nudging aplicado a la mejora de la regulación y al uso de algoritmos y de inteligencia artificial, decía:

«¿Están las Autoridades sanitarias exigiendo el Certificado Covid para imponer indirectamente la vacunación?»

Tenemos algunos indicios que nos pueden llevar a afirmar que **sí**, tanto en España como en otros países:

- En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14/9/2021 (RC 5909/2021 (LA LEY 147169/2021)) en la que la Sala Tercera abandonó el criterio sentado en su STS de 18/8/2021 (RC 5899/2021 (LA LEY 114959/2021)) en la que había dicho que no superaba el juicio de idoneidad porque los vacunados transmitían igualmente el virus. Cambió de criterio para acoger el de la Xunta de Galicia que defendía que los vacunados transmitían mucho menos el virus que los no vacunados. En esta STS de 14 de septiembre se puede leer lo siguiente: *"También reconoce el citado informe, y el informe de la Subdirectora General de Información sobre Salud y Epidemiología, y miembro del Comité Clínico, que **la implantación de dicha medida ha servido de medida de fomento de la vacunación** del control epidemiológico de la misma, pues "ha permitido aumentar el control de la enfermedad **incentivando la vacunación**".*
- En el Auto nº 164/2021 de 25 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (DDFF 486/2021) al decidir sobre la idoneidad de la introducción del Certificado la Sala dice literalmente **"Su objetivo es, siempre unido al mantenimiento de las medidas preventivas como el uso adecuado de la mascarilla y la ventilación, contribuir a reducir la probabilidad de contagio en aquellos espacios con más riesgo... e indirectamente estimular la vacunación y por tanto aumentar la cobertura para tender al 100%"**.
- En el Auto nº 471/2021 de 29 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Autorizaciones nº 458/2021) se cita el Informe de la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental valenciana de 22 de noviembre que se dice que *"...consideramos que puede tener un **efecto indirecto beneficioso, ya que, posiblemente, comportará un incremento de la vacunación en aquella población más reticente a vacunarse**".* A lo que la Sala valenciana añade al autorizar la medida que *"ello con independencia de que, como hemos visto en otros territorios y estamos viendo **en nuestra Comunidad con el solo anuncio de implantación de esta medida, se ha incentivado el***

aumento de la vacunación".

- La existencia de un estudio publicado en The Lancet el 13 de diciembre de 2021 **"El efecto de los certificados COVID-19 obligatorios en la adopción de las vacunas: modelos de control sintético de seis países"** En él se analiza cuántas personas se vacunan para evitar las restricciones de acceso impuestas por el Certificado Covid en Dinamarca, Israel, Italia, Francia, Alemania y Suiza».

La política de imposición indirecta fue, como decía, algo a nivel europeo que se realizó conjuntamente por la Unión Europea, los Estados miembros y, en la España autonómica, además, a través de las Comunidades Autónomas que tienen la competencia en sanidad.

La existencia de esta estrategia pública común europea de imposición de la vacunación contra el COVID se puso en evidencia **en la rueda de prensa** dada por el entonces presidente de turno de la UE, el Sr. Macron y la Presidenta de la Comisión, Sra. Von der Leyen de 07/01/2022. En el minuto 25:18 un periodista pregunta sobre lo dicho por el Presidente Macron sobre complicarles la vida a las personas no vacunadas con restricciones diarias y si es una posición que compartía con la Comisión y sus socios europeos y si pensaba impulsarla en los próximos meses el Sr. Macron respondía a partir del minuto 27:50 que *«sí, lo asumo totalmente, y es lo que estamos haciendo desde el verano pasado, tenemos una estrategia que es simple: vacunar, vacunar, vacunar. Es europea, y lo he recordado muchas veces, y me alegro de que tengamos a Europa... El segundo pilar es el pase sanitario que se convierte en pase de vacunación... El certificado vacunal es un movimiento europeo que pone restricciones a las personas que no están vacunadas, se ve en todas partes en Europa. Algunos países tienen la vacunación obligatoria a partir de cierta edad, pero la mayoría de los países tienen restricciones sociales que dicen: si no estás vacunado, no tienes acceso a este lugar, a esta actividad. Estamos obligados a hacerlo para animar, para empujar a la gente a hacerlo y lo digo con mucha voluntad y fuerza».*

Sobre esto mismo, Luis Medina en su reciente comentario publicado en el Almacén de derecho **«La vida merece menos protección constitucional que la propiedad privada»** nos dice que:

«El argumento de que la vacunación contra el Covid-19 fue voluntaria valdría si la Administración hubiese abordado la intervención vacunal como cualquier otro tratamiento médico, esto es, como una decisión estrictamente individual, expresión de una libertad de autodeterminación cuyo ejercicio salvaguarda el poder público mediante la presentación exhaustiva de los riesgos y la garantía de espacios para una ponderación reflexiva sobre lo más conveniente para cada cual. Si hubiera sido este el caso, la única responsabilidad posible descansaría, en efecto, en la culpa o infracción de la *lex artis* y, más precisamente, en un defecto de la vacuna (en cuyo caso sería el fabricante el obligado a indemnizar) o en un error en su autorización, distribución o dispensación (en cuyo caso la responsabilidad recaería sobre la Administración correspondiente). Pero no ha sido este el supuesto, como sabe el común de los ciudadanos: por razones de salud pública, y a sabiendas de que algunos padecerían reacciones adversas graves, el poder público promovió intensamente la vacunación contra el Covid-19 a través de toda suerte de mecanismos. **Las comunidades autónomas, en cuanto titulares de la mayor parte de las competencias en materia de sanidad, emprendieron múltiples campañas institucionales y, a través de sus sistemas sanitarios, realizaron infinidad de recomendaciones individualizadas, que orientaban decididamente hacia la vacunación. Ofrecieron además todo tipo de facilidades: sistema de cita previa, fijación y modificación telemática de citas, recordatorios vía SMS, acondicionamiento de estadios de fútbol, polideportivos, colegios y edificios semejantes para vacunaciones masivas, entrega inmediata de certificados electrónicos, etc. Y dejaron de aplicar con toda intención el protocolo de consentimiento informado. El personal sanitario encargado de la administración de la vacuna tampoco facilitó prospectos, ilustrando oralmente todo lo más sobre las reacciones adversas leves más comunes. Muchas comunidades autónomas supeditaron durante algunos periodos el acceso a locales comerciales y restaurantes a la exhibición de certificados de vacunación** (para profundizar, César Cierco Seira, La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2021).

Por lo demás, el Tribunal Supremo incurre en una palmaria inconsistencia al afirmar que la vacunación contra el covid-19 fue voluntaria y al propio tiempo confirmar la doctrina de STS de 9 de octubre de 2012 (LA LEY 154029/2012), para la que una campaña de vacunación restringe legítimamente la autodeterminación individual al rebajar las exigencias ordinarias del consentimiento informado y recomendar la medida por el beneficio social. Y **es evidente que, si las campañas ordinarias de vacunación restringen la autodeterminación individual, la extraordinaria**

emprendida contra el Covid-19 lo ha hecho todavía más.

Algunos pasajes de la Sentencia de 27 de enero de 2026 vienen a admitirlo **al reconocer que las Administraciones limitaron la información sobre las posibles reacciones adversas para evitar el efecto "atemorizante o inhibitor" y "adoptaron incentivos o estímulos adicionales de carácter positivo y negativo —cercanos a la técnica del nudging—**. Y si el Tribunal Supremo admite que era importante evitar ese efecto y adoptar esos incentivos, viene a admitir que el objetivo no era garantizar la autodeterminación individual: era, como es indiscutible que fue, erradicar la pandemia. Y, a tal efecto, **las Administraciones orientaron las decisiones individuales para lograr una vacunación masiva y los beneficios de la inmunidad grupal**. Razón por la cual no cabe afirmar, como afirma el Tribunal Supremo, que en la vacunación contra el Covid-19 "primaba el carácter preventivo individual respecto al colectivo"».

Por lo tanto, concurre el tercero de los elementos decantados por Medina para determinar la existencia de daño sacrificial que hemos visto antes que es la **intención de sacrificar del servicio público causante del daño**; evidentemente no es una intención de dañar a personas concretas, sino como decía Medina en el otro artículo anterior sobre esta cuestión «como quiera que el sistema no se orienta a garantizar el pleno desarrollo de la autonomía de la voluntad, hay que imputarle a él a título de responsabilidad por sacrificio los daños resultantes de la realización del riesgo inherente a la vacunación, entendida como opción, si no impuesta, al menos sí, ampliamente favorecida. **Los poderes públicos conocían de antemano que la vacuna (o el acto vacunal) produciría reacciones adversas graves, pero lo aceptaron al establecer un modelo que orienta decididamente la libertad personal hacia la decisión conveniente a la utilidad pública**. De manera que a través de una responsabilidad patrimonial objetiva fundada en última instancia en la Constitución (arts. 10.1 y 15) se consigue también en este caso que los beneficiados compensen a los sacrificados».

La segunda cuestión es que, a mi juicio, tampoco es correcto como afirma la sentencia que el beneficio individual se equiparaba o sobrepasaba al beneficio colectivo. Sobre esto, el artículo citado de Medina dice que:

«También debe rechazarse el argumento de que los **beneficios individuales de la vacuna**, concretados en la evitación de los graves perjuicios que habría podido causar la enfermedad, son superiores a (y compensan efectivamente) los daños vacunales. Es verdad que, a la hora de calibrar si la víctima de una reacción adversa ha de ser compensada, no pueden ignorarse las ventajas que le ha reportado la vacunación (*compensatio lucri cum damno*). Los beneficios que obtiene en términos de prevención son, de hecho, el fundamento de que las reacciones adversas leves en modo alguno deban repararse con cargo al erario. Ahora bien, **la Sentencia asume erróneamente que, sin la vacuna, una persona de 40 años en la España de 2021 se habría contagiado del Covid-19 y habría por ello fallecido o sufrido daños de gravedad. Si así fuera, la víctima habría obtenido, en efecto, un beneficio especial superior a los efectos perjudiciales de la vacuna. Sin embargo, de acuerdo con Datos del INE de ese año, el riesgo de muerte por Covid-19 para menores de 65 años en nuestro país era inferior al 0,1 %**. Consecuentemente, la evitación de la muerte o de graves lesiones por Covid-19 es aquí un beneficio remoto e hipotético que en absoluto puede compensar los daños corporales graves efectivamente causados por la vacuna. De la misma manera que solo el daño efectivo es resarcible, solo el beneficio efectivo ha de ponderarse a la hora de establecer si hay o no derecho a indemnización.

Por lo demás, que la campaña se extendiera a sectores de la población con escaso riesgo de sufrir graves daños evidencia nuevamente su principal objetivo: la protección de las personas más vulnerables y la erradicación de la pandemia mediante la vacunación masiva. También que, al incentivar la vacunación y limitar la autodeterminación sanitaria, las Administraciones han utilizado (legítimamente) la integridad física de unos pocos (las víctimas de las vacunas) para asegurar la del resto. Una instrumentalización que, sin embargo, la Sentencia no mitiga al excluir la indemnización. Nótese que el sentido genuino de la responsabilidad patrimonial objetiva es contrarrestar la cosificación, esto es, devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva (art. 10.1 CE (LA LEY 2500/1978)). Se afirma cuando el poder público causa coactivamente un mal (o impone un riesgo extraordinario materializado a la postre) con la finalidad de obtener ventajas sociales a expensas de una víctima que no ha cometido acto de agresión alguno, siempre que los beneficios generales derivados de la vida comunitaria o los especiales que, eventualmente, resulten de la intervención lesiva no compensen el daño causado (al respecto, Gabriel Doménech Pascual, Luis Medina Alcoz, La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, en F. Velasco (dir), Manual de Derecho Administrativo, 2023). Y esto es

exactamente lo que ocurre en el presente caso.».

Concurren por lo tanto otros dos de los elementos para entender que el daño es sacrificial como indicaba Medina, la intensidad del daño y que haya más perjuicio que beneficio.

En cuanto al beneficio colectivo, parece claro que a los distintos gobiernos les pareció, como hemos visto, esencial promover una estrategia para conseguir la vacunación, aunque fuera mediante su imposición indirecta; ¿para qué lo hacían? Para rebajar los contagios y gravedad de la enfermedad, aliviando la ocupación de los hospitales y servicios de salud ya normalmente colapsados que se veían imposibilitados de atender a las enfermedades comunes y, en último término, para lograr la citada inmunidad de rebaño. Había un beneficio colectivo esperado y buscado proactivamente por todos los poderes públicos.

Estos beneficios buscados por los Gobiernos se pueden ver, a modo de ejemplo, en la estrategia de vacunación Covid donde se puede leer que «La vacunación es doblemente importante, ya que protege de manera directa a cada persona vacunada y **también de forma indirecta al resto de la población. Cuantas más personas se van inmunizando, menor probabilidad hay de que el resto (en particular los más vulnerables a padecer una enfermedad grave) se expongan al virus o, al menos, a altas cargas víricas**».

La *tercera cuestión* es si, como afirma la sentencia, el hecho de que se hubiesen hecho públicos los riesgos de la vacuna Janssen a principios de 2021 era razón suficiente para trasladar la responsabilidad a los ciudadanos.

Este argumento es a mi juicio un poco contradictorio con afirmar que no hace falta consentimiento informado en las campañas de vacunación. Como explicaba la STS de 09/10/2012 (LA LEY 153997/2012) existen razones de salud pública que aconsejan no aplicar el consentimiento informado para no desincentivar la vacunación y el objetivo perseguido de lograr la llamada inmunidad de rebaño. Si no hace falta este consentimiento informado por parte de la Administración, sería a mi juicio, con el debido respeto, totalmente inaceptable eximir a esta de su responsabilidad obligando al ciudadano a informarse por sí solo y a pechar con las consecuencias de no haberlo correctamente; esto es más increíble en la situación que todos recordamos de intoxicación informativa y de mala información, comenzando por los propios Gobiernos y la OMS, tanto en la información contradictoria sobre las mascarillas como en la tardanza en reconocer que el virus se transmitía principalmente por aerosoles, como explicaba aquí.

Por lo tanto, concurre el cuarto elemento identificado por Medina ya que el daño sufrido por la perjudicada no ha contribuido a la causación del daño ni éste es consecuencia de su actuación antijurídica.

La *cuarta cuestión* es que **no hace falta una ley ad hoc para decretar la responsabilidad de la Administración sanitaria** como responsable solidaria con el Gobierno de España (art. 33 Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015)); **la ley ya existe y es el art. 32.1 de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015)**, heredero directo de la innovación introducida por el maestro García de Enterría en el art. 121.1 LEF. Como hemos explicado anteriormente y señalaban Medina y Doménech, fue una novedad que estableció la obligación de responder no sólo en los casos de culpa (funcionamiento anormal), sino también en los casos de que no hubiese culpa, pero hubiese sacrificio especial o un riesgo específico (funcionamiento normal).

También hemos visto que las sentencias de la Sala Tercera sobre el hotel Miguel Ángel o los daños producidos por la vacuna de la gripe declaraban la responsabilidad por funcionamiento normal en base al art. 139.1 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992) (antecedente del actual art. 32.1 Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015)) y a los citados títulos de imputación sin culpa que se derivan de él; por lo que no podemos compartir tampoco que haga falta una ley distinta para ello.

El daño causado es sacrificial y la Administración debía de responder solidariamente

Por todo ello, a mi juicio y con el debido respeto, concurren los 6 elementos identificados por Medina antes citados que nos permiten concluir que el daño causado es sacrificial y que la Administración debía de responder solidariamente: (1) Intensidad del daño; 2) que haya más perjuicio que beneficio; 3) Intención de sacrificar del servicio público causante del daño; 4) que la víctima no haya contribuido a la causación del daño o que éste sea consecuencia de su actuación antijurídica; 5) la ausencia de riesgos de

desarrollo 6) que no tenga un carácter tributario.

La sentencia, al haber alcanzado la conclusión contraria, está permitiendo que quede sin reparar la vulneración del

derecho fundamental a la salud (art. 15 CE (LA LEY 2500/1978)) de la perjudicada que había causado el Servicio Extremeño de Salud; parece evidente que como sociedad hemos sacrificado a unos pocos para aprovecharnos todos.

Si ya en el siglo XVI Vázquez de Menchaca establecía la necesidad de indemnizar esta clase de daños para evitar que, como decíamos antes, «a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes», puesto que el ejercicio del poder público rectamente orientado al bien común exige que «a todos se les proteja por igual», no parece que quinientos años después, estando vigente la Constitución española (LA LEY 2500/1978) que proclama en su art. 10.1 que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», podamos aceptar, como hace la sentencia comentada, que estos daños no sean indemnizados.

Es de Justicia