

DEBATES¹

¹ En esta sección «Debates» se recogen las ponencias, así como la relación de síntesis, del Seminario organizado por la Revista de Administración Pública y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se celebró el 1 de octubre de 2020 en Madrid.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN PALIMPSESTO

CARLOS ROMERO REY
Magistrado, Letrado-Coordinator
del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Cómo citar/Citation

Romero Rey, C. (2020).
La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un palimpsesto.
Revista de Administración Pública, 213, 13-27.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.01>

Resumen

La introducción de un principio general de responsabilidad de las Administraciones públicas tuvo la virtualidad de convertirse en una construcción política de primer orden y en un auténtico soporte estructural del derecho administrativo en nuestro país, imprescindible para poner fin a las inmunidades del poder. Su constitucionalización y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales permiten cuestionar el dogma de la objetividad así como la autonomía de la responsabilidad de la Administración en relación con una teoría general de la responsabilidad extracontractual.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; antijuridicidad; responsabilidad extracontractual.

Abstract

The introduction of a general principle of liability for the public authorities had the potential to become a major political construction and a genuine structural foundation for administrative law in our country, essential for bringing an end to the immunities of power. The constitutionalisation thereof, and the doctrinal and judicial contributions, all allow the dogma of objectivity to be challenged, as well as the autonomy of the authorities' liability in terms of a general theory of non-contractual liability.

Keywords

State liability of the public authorities; illegality; non-contractual liability.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CUESTIONABLE DOGMA DE LA AUTONOMÍA. III. EVOLUCIÓN: RESPONSABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD. IV. ALCANCE DE LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL. V. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. VI. RETOS.

I. INTRODUCCIÓN

Suele definirse el palimpsesto como un manuscrito antiguo que conserva las huellas de una escritura anterior que ha sido borrada para dar lugar a una nueva.

La idea de palimpsesto bien pudiera aplicarse a la evolución normativa de cualquier institución jurídica donde las sucesivas capas de escritura y evolución se asientan sobre los primeros textos que trataron de disciplinar la materia y cuyos perfiles, luces y sombras acompañan la lectura de los nuevos.

Pero la imagen de un palimpsesto me parece especialmente sugerente para abordar la evolución de un principio general de responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro país. El texto manuscrito por parte del profesor Eduardo García de Enterría —que parece ser que aún se conserva— que estableció la indemnización por todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que se incluyó como art. 121 en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 ha constituido la base de cualquier proclamación legal —y también constitucional— de la responsabilidad de los poderes públicos que haya tenido lugar con posterioridad.

Dicho precepto, introducido de manera disimulada, casi como un caballo de Troya, en la Ley de Expropiación Forzosa, consagrando un principio general que casi me atrevería a denominar de «responsabilidad montañesa» —por el origen cántabro de García de Enterría—, constituyó la reacción coyuntural de un grupo de estudiosos, organizados en torno a la *Revista de Administración Pública* que hoy nos acoge, frente a los intentos estériles de que la responsabilidad aquiliana del Código Civil sirviera para acabar con la generalizada irresponsabilidad de la Administración.

El fundamento resarcitorio de la responsabilidad de la Administración resultaba idéntico al que había de aplicarse a los particulares por parte de la norma civil, sin embargo, razones estrictamente coyunturales dieron lugar a un desarrollo normativo específico para las Administraciones públicas y a una evolución diferenciada o desgajada de lo que habría de constituir una teoría general de la responsabilidad por daño.

El propio García de Enterría rechazaba la existencia de una responsabilidad autónoma de Derecho público, afirmando que «La razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón de ser ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas».

Ha de reconocerse que la introducción, que casi podríamos calificar de azarosa en cuanto al texto legal que le sirvió de cobijo, de un principio general de responsabilidad en la legislación expropiatoria, tuvo la virtualidad de convertirse en una construcción política de primer orden y en un auténtico soporte estructural del derecho administrativo en nuestro país, imprescindible para poner fin a las inmunidades del poder.

II. EL CUESTIONABLE DOGMA DE LA AUTONOMÍA

El feliz hallazgo de una fórmula de carácter general y abierto dio lugar, no obstante, a que durante décadas se hayan exacerbado las supuestas singularidades de la responsabilidad administrativa, como algo separado y netamente distinto a la responsabilidad civil extracontractual aplicable a los particulares, olvidando que la presencia de ese principio en una ley administrativa no venía a ser más que un intento funcional de superar interpretaciones reduccionistas de la norma civil y, asimismo, de tratar de buscar títulos de imputación distintos a la culpa —pero compatibles con ella— que pudiera conducir a una evolución y perfeccionamiento del entero sistema de la responsabilidad por daño.

Pero tan hondo ha calado esta tendencia emancipadora que la jurisprudencia contencioso-administrativa más reciente sigue apelando a la especificidad de nuestro ámbito para motivar determinadas decisiones.

Valga la cita de dos ejemplos, el primero la STS de 4 de abril de 2019 (RCA 4399/2017). Se había identificado como cuestión de interés casacional determinar, si en reclamaciones de responsabilidad patrimonial por secuelas derivadas de un accidente o de una prestación sanitaria determinante de una declaración de incapacidad laboral, el *dies a quo* del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que, con conocimiento del afectado, se estabilizan definitivamente las secuelas, o, por el contrario y cuando se sigue el oportuno expediente, en la fecha en la que se declara la incapacidad laboral como consecuencia de tales secuelas por resolución administrativa, o, en su caso, por sentencia firme del orden social. Se puso de manifiesto en el auto de admisión

que la Sala Primera del Tribunal Supremo venía entendiendo que hasta que no adquiriera firmeza la sentencia del orden social que declare la incapacidad laboral permanente como consecuencia de las secuelas del accidente o de la asistencia médica prestada no se inicia el cómputo del plazo del año, ya que la invalidez, como manifestación del daño para la salud, debía ser determinada a fin de que el afectado tenga exacto conocimiento del perjuicio sufrido que le permita reclamar detalladamente su resarcimiento. La Sala Tercera, sin embargo, lleva a cabo una interpretación del art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en caso de daños de carácter físico o psíquico el plazo de un año empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas), que señala que el plazo comenzará a computarse desde la fecha en la que, con conocimiento del afectado, quedaron definitivamente estabilizadas las secuelas, con independencia y al margen de que, con base en esas mismas secuelas, se siga expediente para la declaración de incapacidad y cualquiera que sea su resultado.

Pese a que no se llega a un resultado homogéneo con la Sala Primera, lo relevante de este asunto es la identificación como cuestión digna de interés casacional de la disparidad existente entre la Sala de lo Civil y la Sala de lo Contencioso-administrativo en determinados aspectos de una materia que se considera común.

El segundo ejemplo lo constituye la STS de 22 de enero de 2020 (RCA 1159/2015). Señala esta sentencia que el derecho de crédito que deriva de la responsabilidad patrimonial de la Administración solo puede ser cedido una vez que ha sido reconocido por acto administrativo firme o, en su caso, por sentencia firme. Para ello, la Sala pone de manifiesto expresamente que «la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es notorio, resulta más beneficiosa para el perjudicado que la de la responsabilidad extracontractual civil. Todo ello determina que para el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración globalmente considerado no resulte indiferente quién puede formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, ni tampoco que los derechos a indemnización frente a la Administración —reales o imaginarios— se conviertan en *res intra commercium*».

Esta sentencia contiene un interesante voto particular de Ángel Arozamena que, en la línea de lo que venimos señalando, razona que:

La correspondencia entre Administración Pública y Derecho Administrativo, que se identifica con el ejercicio de concretas potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico conforme al principio de legalidad, no es plena. No solo existe una actividad de la Administración Pública similar a la de los particulares, regulada por el Derecho privado, sino que al contratar o indemnizar por los daños causados a un tercero crea situaciones subjetivas de titularidad ajena, que sin el reconocimiento de régimen exorbitante alguno, se asimilan a las categorías generales del Derecho. En estos casos, la ausencia de una regulación no puede traducirse en prohibición o limitación sin respaldo normativo, sino que, partiendo de la identidad sustancial de la categoría del derecho de crédito y de la supletoriedad que reconoce el artículo 4 del Código Civil, parece necesario acudir a la regulación de dicho texto legal

para la configuración del correspondiente régimen jurídico. No existe razón para circunscribir la supletoriedad del Código al ámbito de las leyes civiles o mercantiles, en la medida en que obedece a los rasgos caracterizadores del derecho común. Por consiguiente, la ausencia de una regulación propia en las normas administrativas, determina que haya de acudir a su integración conforme a las previsiones del Código Civil y a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Más allá de la bondad de unos u otros argumentos, lo que ilustra esta sentencia y su voto particular es que el dogma de la especificidad, de la autonomía disciplinar, puede ser cuestionado. Y este cuestionamiento —extraño y escaso aún— adquiere singular importancia en sede jurisdiccional, puesto que, sin duda, la responsabilidad por daño constituye un derecho construido básicamente por los jueces dado el enorme casuismo que preside la materia (casuismo, por cierto, que dificulta notablemente la indagación e identificación de cuestiones de interés casacional con vocación nomofiláctica a la hora de admitir los recursos de casación que llegan al Tribunal Supremo).

III. EVOLUCIÓN: RESPONSABILIDAD Y SOSTENIBILIDAD

Ha de reconocerse, no obstante, que, pese al esencial papel llamado a desempeñar por la jurisprudencia en esta materia, un ejercicio de autoevaluación obliga a señalar que no hemos sido solamente los jueces, sino la doctrina científica, la que ha marcado la pauta de manera notoria al subrayar los problemas que han acuciado a esta materia en cada momento y la que ha propiciado buena parte de las soluciones evolutivas.

Fue nuestra mejor doctrina, sin duda, la que consiguió introducir la proclamación de un principio general de responsabilidad de la Administración en 1954. Puede que fuera la propia vehemencia y energía del ejercicio llevado a cabo al introducir esta grieta en la recalcitrante irresponsabilidad de la Administración la que condujo a que se instalara como un mantra en nuestro sistema que ese «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» generador de responsabilidad patrimonial daba lugar a una responsabilidad puramente objetiva que prescindía por completo de la idea de culpa, sin considerar que esa idea de culpa, expresiva de un funcionamiento anormal, continuaba plenamente presente, pero que a la misma cabía añadirle otros títulos de atribución de la responsabilidad, como más adelante veremos.

Los excesos a los que podía dar lugar un entendimiento al pie de la letra de ese mantra de la pura objetividad tardaron en aparecer, pero finalmente lo hicieron y durante la década de los noventa se dictan algunas sentencias —me refero principalmente a la STS de 14 de junio de 1991, que fue la que más atención doctrinal suscitó— en la que se condena a la Administración en concepto de responsabilidad patrimonial sanitaria por los daños sufridos por una paciente que

fue intervenida de aneurismas, pese a ponerse de manifiesto que la actuación del cirujano fue irrefutable desde el punto de vista de la *lex artis*.

Fue quizá el civilista Fernando Pantaleón Prieto uno de los primeros en criticar el callejón sin salida al que podía dar lugar un entendimiento radical de la tesis de la objetividad. Resultaba tremendamente fértil que desde el ámbito civil se llevase a cabo este análisis de una materia (la responsabilidad patrimonial) que no venía a ser sino una derivación de una teoría general de la responsabilidad por daño.

Pocos años después, la esencial aportación del profesor Oriol Mir supuso (lo señalo desde el punto de vista estrictamente personal, pero creo que no me equivoco al afirmar que su tesis publicada a comienzos del presente siglo constituye una de las más importantes obras en materia de responsabilidad patrimonial publicadas en nuestro país) un cambio de paradigma en el entendimiento y comprensión del conjunto del sistema, respecto del que proponía su revisión.

Uno de los principales activos de esta obra, a mi juicio, consistió en poner en cuestión las supuestas bases ideológicas de la responsabilidad patrimonial puramente objetiva asentadas en un entendimiento desviado del criterio de la solidaridad.

La función reparadora que ha de predicarse de la responsabilidad patrimonial no la convierte en un instrumento apto para el desarrollo de políticas de solidaridad o redistribución, sino que un alcance excesivo de la misma encarece el coste de los servicios públicos y, en definitiva, los adelgaza. De ahí que, desde estas bases, proponga un sistema que pivote sobre el funcionamiento anormal de los servicios públicos, extendiéndose a aquellos supuestos de funcionamiento normal expresamente previstos en la Ley.

No cabe duda de que de toda la evolución doctrinal que ha tenido lugar en la materia emerge una idea central que resulta también imprescindible a la hora de abordar el futuro de la responsabilidad patrimonial.

Y es que, parece claro que, si el siglo XIX se construye sobre la idea de libertad y el XX sobre la de responsabilidad, el siglo XXI parece irremisiblemente atado a la idea de sostenibilidad; idea, por cierto, o un determinado entendimiento del concepto de sostenibilidad, que ha sido severamente cuestionado por Tomás-Ramón Fernández en relación con una consolidada doctrina del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos por sentencia firme.

IV. ALCANCE DE LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL

También parece claro que un análisis del adecuado equilibrio entre la garantía que para el ciudadano supone la cláusula general de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial y la sostenibilidad del sistema, el equilibrio, en definitiva, entre esas garantías ciudadanas y el patrimonio público garantizador, exige

interrogarnos acerca de la virtualidad de la constitucionalización del principio de responsabilidad administrativa contenido en el art. 106.2 de la Constitución.

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

Coincido con los autores, como Luis Medina Alcoz, que han puesto de manifiesto que, sin perjuicio de los límites que este artículo marca al legislador, el precepto impone un derecho resarcitorio, pero de configuración legal y que, en modo alguno, constitucionaliza un régimen de responsabilidad administrativa puramente objetivo.

Curiosamente, sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia 112/2018, de 12 de octubre, que merece una seria reflexión.

Esta sentencia analiza un supuesto de daños causados por la irrupción de un ciervo en una carretera riojana, siendo atropellado por un conductor que cumplía las normas de circulación. El animal procedía de una reserva cinegética de la que resultaba titular la Comunidad Autónoma de La Rioja y previamente no se había desarrollado ninguna acción de caza. Se plantea la interpretación que haya de darse a la disposición adicional novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

El precepto legal dispone lo siguiente:

En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquéllas.

No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos».

Pues bien, el Tribunal Constitucional señala que la citada disposición adicional:

[...] solo resulta compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, si se interpreta en el sentido de que, no existiendo acción de caza mayor, aún pueda determinarse

la posible responsabilidad patrimonial de la Administración acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo para fundar la misma, sin declarar automáticamente la responsabilidad del conductor.

Lo más preocupante de este pronunciamiento no es que el Alto Tribunal hubiera optado, razonando su parecer, por una tesis de pura objetividad que podríamos compartir o no, sino que para justificar las bases sobre las que se asienta su posición llega a afirmar que la significación constitucional de la objetividad del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el art. 106.2 de la Constitución se asienta en la traslación del régimen legal ya existente en nuestro país a la Norma Fundamental y cuyo carácter objetivo resulta ampliamente aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia.

Causa inquietud el análisis llevado a cabo que, pese al respeto que me merece, me atrevería a calificar de superficial, porque el mismo prescinde de la honda complejidad de los debates que han tenido lugar en sede doctrinal, pero también de la manera en la que la jurisprudencia ha abordado la espinosa cuestión de la objetividad.

En su voto particular, Andrés Ollero pone de manifiesto el «notable desfase» de la interpretación llevada a cabo por el tribunal, ignorando por completo el reenvío al legislador que el art. 106.2 de la Constitución establece y reprochando que se promueva un «uso alternativo del derecho» animando al órgano judicial a ignorar la norma legal.

Por su parte, lo más relevante del voto particular de Antonio Narvárez y Alfredo Montoya Melgar, a mi juicio, es llamar la atención sobre cómo la opción del constituyente al prescindir de incluir en el precepto la referencia al «funcionamiento normal o anormal» fue la de reconocer —sin duda— la garantía de la responsabilidad patrimonial de la Administración frente al ciudadano como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, pero también «deferir al debate político democrático la precisa configuración de un sistema completo e integrado de títulos de imputación del daño».

En este caso para ambos magistrados, el legislador ha diseñado, en virtud de la habilitación que el precepto constitucional le ha conferido, un sistema de responsabilidad patrimonial en una determinada materia que ha partido de una distribución de los riesgos generados por la actuación de los diferentes agentes intervinientes en la producción del daño que tiene lugar con ocasión de accidentes de circulación propiciados por especies cinéticas que hayan irrumpido en la vía pública.

El peligro es claro, según han tenido ocasión de denunciar los primeros autores que han comentado esta sentencia (Ignacio Rodríguez Fernández), «convertir la indemnización en un sistema de asistencia social no sujeto a debate democrático, en el que un mismo tipo de daño es cubierto con el dinero de todos si hay una actividad de titularidad pública, no siendo, en cambio, indemnizable si es una persona privada la que realiza esa misma actividad, por más que, en este segundo supuesto, el hecho causante del daño no varíe».

Como bien puede observarse, las consecuencias prácticas de adoptar las tesis puramente objetivas son enormes, afectando a la configuración de la Administración pública, su papel, la extensión de los servicios públicos a prestar, así como a la posición jurídica del ciudadano.

Pero ha de tratarse, sin duda, de una cuestión de legalidad ordinaria necesariamente sujeta a la opción que, en cada caso, con el debido respeto a la garantía institucional derivada del art. 106.2 de la Constitución, haya de establecer el legislador, al que la propia Constitución le encomienda ese papel.

Será al legislador al que, sin duda, corresponda definir cuáles hayan de ser los títulos de atribución de la responsabilidad a la Administración pública. Pontificar y atribuir al precepto constitucional la definición de esos títulos atributivos de responsabilidad, tal y como ha hecho el Tribunal Constitucional, no solo supone un notable exceso, sino hurtar al poder legislativo de aquello que le es propio y que en la concreta materia que hoy nos ocupa expresamente le atribuye la Constitución.

V. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La sentencia que acaba de comentarse ilustra claramente que, pese a los notables esfuerzos que ha llevado a cabo la Sala Tercera del Tribunal Supremo en aras a la racionalidad del sistema, sigue vigente la queja expresada por el profesor Oriol Mir que señalaba que en este ámbito hemos pasado «de la más absoluta de las irresponsabilidades, a la responsabilidad más absoluta».

Una de las claves para un racional y adecuado desarrollo del sistema será profundizar en los títulos de imputación que puedan derivarse de la cláusula general de responsabilidad y no cabe duda de que tales títulos parecen reconducirse a tres categorías: el funcionamiento anormal de los servicios públicos que necesariamente exige un juicio valorativo sobre los estándares de funcionamiento de los distintos servicios públicos en cada momento y otros dos títulos expresivos de lo que podríamos denominar un funcionamiento normal: la imposición de un sacrificio especial al ciudadano o aquellos que provengan de la creación de un riesgo y que aparezcan debidamente determinados en la ley.

Creo, con sinceridad, que es momento para centrar el análisis por parte de la jurisprudencia en los títulos de imputación. En los últimos años, los esfuerzos desplegados por el Tribunal Supremo para alcanzar resultados justos y equilibrados han ido acompañados de una explicación que, a mi juicio, resulta susceptible de mejora, puesto que ha girado en torno al análisis de la antijuridicidad, forzando una interpretación de su contenido y alcance que, en el fondo, hacía prevalecer —pese a no mencionarse expresamente— un examen de si había existido un funcionamiento anormal o culposo.

El propio García de Enterría vino a reconocer que los intentos por lograr la adecuación del sistema implicaron forzar «con cierta osadía» la idea del daño anti-

jurídico. Es preciso, pues, hoy por hoy, que ese sistema no solo llegue a resultados justos y equilibrados, sino que también se asiente sobre unas bases dogmáticas certeras sin necesidad de forzar, retorcer o sobreactuar conceptos jurídicos.

Y señalo lo anterior porque cuando la Administración sanitaria ha llevado a cabo una intervención ajustada a la *lex artis*, la razón por la que no puede condenarse a la Administración no puede girar en torno a la antijuridicidad, sino porque tal intervención no es expresiva de un funcionamiento anormal.

Si atendemos a la propia definición de antijuridicidad que nos proporciona la Sala Tercera como algo que «no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla» (por todas, Sentencia de 27 de enero de 2020 —rec. 116/2019—), puede observarse que escasa utilidad puede tener dicho concepto para aquellos supuestos en que analizamos si ha existido o no una infracción de la *lex artis* para reconocer (o no) una obligación resarcitoria con cargo a la Administración.

Asimismo, cuando la Administración dicta un acto administrativo que se anula con posterioridad, pero que se adoptó de forma «razonada y razonable», la razón por la que no puede condenarse a la Administración no puede girar en torno a la antijuridicidad, sino porque tal operación no es tampoco expresiva de un funcionamiento anormal.

Y, por supuesto, en esos dos casos, descartado el primer título de imputación, tampoco concurre ninguno de los restantes: ni existe un sacrificio especial que se imponga al ciudadano, ni tampoco se ha producido una situación de riesgo que la norma obligue a reparar.

Puede que las mayores dificultades las encontremos a la hora de analizar los títulos de imputación que pudieran resultar ilustrativos de lo que podríamos denominar un funcionamiento normal. Ya antes señalábamos cuáles podrían ser: la imposición de un sacrificio especial al ciudadano o aquellos que provengan de la creación de un riesgo y que aparezcan debidamente determinados en la ley.

En relación con el primero de ellos, dos sentencias del Tribunal Supremo llevan a cabo un certero análisis sobre la existencia o no de un sacrificio especial para el ciudadano a través de una norma legal y la eventual responsabilidad patrimonial a la que pudiera dar lugar.

La Sentencia de 27 de septiembre de 2016 (RCA 53/2015) confirma la desestimación del recurso deducido frente a la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la prohibición de actividad extractiva en un determinado terreno de la Comunidad de Madrid situado en el Parque Regional del Sureste y que se atribuía por la empresa recurrente a la declaración por una ley madrileña como Parque Regional de los terrenos en torno a los ejes de los cursos bajos de los ríos Manzanares y Jarama.

Es interesante esta resolución porque lleva a cabo una distinción del ámbito propio de la responsabilidad patrimonial y la delimitación de derechos. Señala que

la medida de prohibición de la actividad de extracción de áridos, cuya efectividad prevé la ley madrileña, forma parte de la configuración legal de las facultades del dominio y los derechos existentes sobre dichos terrenos establecida por la ley autonómica, y no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino tan solo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades han de establecerse como medidas necesarias para la conservación de los espacios naturales a proteger, todo ello en aplicación de la previsión del propio art. 33.2 de la Constitución que proclama que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», así como del segundo párrafo del art. 1 del Protocolo 1 del CEDH que reconoce el derecho de los Estados «de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general».

En el presente supuesto, la prohibición introducida por la Ley 6/994 de la Comunidad de Madrid respecto a la actividad extractiva de áridos, grava y arena en cuestión (recursos de la Sección A), constituye el ejercicio legítimo de la potestad legislativa de la comunidad autónoma para la delimitación y protección de los espacios naturales objeto de la ley, de conformidad con la función social de la propiedad. La ausencia de previsión explícita en la ley autonómica de indemnización alguna por razón de la prohibición que ha afectado a la recurrente es clara, atendido el tenor de su artículo 7, que la limita expresamente a los aprovechamientos agrarios, sin que se haya sostenido la inconstitucionalidad de la ley. Pero tampoco resulta posible la interpretación que pretende la recurrente de que la previsión de indemnización admitida por la propia ley cuando se refiere a aprovechamientos agrarios pueda entenderse implícitamente ampliada a las prohibiciones y límites a los aprovechamientos mineros. La no previsión de indemnización alguna por límites al contenido de la propiedad que se han introducido por el legislador, precisamente en atención a la función social de la propiedad de los bienes incluidos en el espacio natural protegido en la ley madrileña es conforme a los límites constitucionales y no desconoce el contenido esencial del derecho de propiedad y en modo alguno se puede equiparar el aprovechamiento de recursos mineros de la Sección A con el uso tradicional y consolidado de los terrenos rústicos, dada la naturaleza de la actividad extractiva y su subordinación a un régimen de autorización como el previsto en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas.

La doctrina establecida por esta resolución ha tenido continuidad en otras posteriores, como la Sentencia de 17 de abril de 2017 (RCA 1761/2015).

Por lo que se refiere a los títulos de imputación que tengan que ver con la existencia de un riesgo y que aparezcan debidamente determinados en la ley, quiero llamar la atención sobre dos recientes sentencias (de 2 de diciembre de 2019 —RCA 141/2019— y de 11 de enero de 2020 —RCA 147/2019—) que plantean una cuestión sumamente interesante, cual es la causación de daños por lobos, pero que, a mi juicio, no abordan —probablemente por no haberse suscitado— cuestiones de enorme interés en la materia.

En la primera de ellas la cuestión que se suscita es la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una particular en su explotación ganadera por los ataques de lobos en un municipio de la Comunidad de Madrid.

Ha de señalarse que el lobo constituye una especie protegida y no susceptible de caza al sur del río Duero por imponerlo así expresamente la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, de donde pasó a la Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

En la Comunidad de Madrid, a diferencia de otras que sí han aprobado planes de gestión del lobo, se ha desarrollado una línea de subvenciones para paliar las pérdidas económicas que pudieran causar sus ataques desde 2011. Mediante una Orden de la Consejería correspondiente se establecieron las bases reguladoras de las ayudas para compatibilizar la actividad ganadera con la existencia de poblaciones de lobos, perros asilvestrados y buitres.

Durante el año 2016, momento al que se contrae la reclamación que nos ocupa, la recurrente había obtenido en concepto de ayudas un total de 8.600 euros, a pesar de lo cual formuló reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que tales ayudas eran insuficientes.

Resulta relevante el contenido del art. 54.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad —en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre—, que establece expresamente que: «Sin perjuicio de los pagos compensatorios que en su caso pudieren establecerse por razones de conservación, con carácter general, las Administraciones públicas no son responsables de los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre, excepto en los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica».

Pues bien, lo que se apreció como cuestión de interés casacional para ser esclarecida fue la interpretación que haya de darse al inciso «excepto en los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica» que se prevé como excepción al régimen general contenido en el art. 54.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad —en la redacción dada al citado precepto por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre— y que dispone que no cabe atribuir responsabilidad a las Administraciones públicas por los daños ocasionados por las especies de fauna silvestre.

Señaló finalmente la Sala que la excepción a la regla general establecida en el art. 54.6 no responde a una previsión expresa y completa que atribuya responsabilidad a las Administraciones públicas por los daños causados por las especies de fauna silvestre, sino a la existencia de una normativa sectorial por la que se sujeta de manera específica a determinada especie a algún régimen especial de protección, cuyo desarrollo y efectividad responde a la adopción por la Administración de concretas medidas y actuaciones, que hagan compatible, en la medida de lo posible, el régimen de protección con los derechos e intereses patrimoniales de los administrados, respondiendo la Administración de los daños causados por la

gestión de este régimen de protección especial que el administrado no tenga el deber de soportar.

Excede de mi propósito llevar a cabo un análisis estricto de todas las cuestiones que aquí se suscitan, pero dejo apuntadas algunas sobre las que creo resultaría fértil debatir o profundizar: en primer lugar, hemos de tener en cuenta que la categorización como especie protegida y no susceptible de caza del lobo al sur del río Duero no la establece la legislación autonómica madrileña (Comunidad autónoma que es la obligada a abonar la indemnización) sino que dimana directamente de lo así impuesto por una Directiva de la Unión Europea transpuesta sin margen interpretativo alguno al respecto por parte de una ley estatal.

En segundo lugar, si el precepto legal (el art. 54.6 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad) prevé la posibilidad de ayudas compensatorias por razones de conservación como algo diferenciado a la responsabilidad patrimonial, cómo explicamos que sea precisamente la existencia de una línea de ayudas compensatorias por parte de la Administración autonómica la que sirva de base a la Sala para justificar la existencia de «normativa sectorial específica» que excepciona el régimen general de irresponsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por la fauna silvestre. Y que, además, la indemnización que se reconoce jurisdiccionalmente en concepto de responsabilidad patrimonial sea posteriormente minorada con el importe de las ayudas compensatorias que había obtenido la parte actora.

Por último, hemos de cuestionarnos si fundamentar la existencia de una «normativa sectorial específica» que excepcione la irresponsabilidad de la Administración por los daños causados por la fauna silvestre en una mera línea de ayudas compensatorias a los ganaderos por la existencia de poblaciones de lobos, perros asilvestrados y buitres, no supone realmente una interpretación forzada. De considerarse que la protección del lobo somete a determinados ciudadanos a un riesgo que merece ser indemnizado, habría que interrogarse, a mi juicio, si no hubiera resultado más procedente plantear una posible cuestión de inconstitucionalidad por omisión ante la inexistencia de ese régimen de responsabilidad patrimonial en la norma legal que protege a tal especie.

Confieso que se trata más de dudas que de certezas, pero considero que son cuestiones que bien pudieran plantearse en un futuro y dignas de reconocer en ellas un verdadero interés casacional.

VI. RETOS

Finalmente, no quisiera concluir sin antes subrayar dos retos a los que, indudablemente, se enfrente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el futuro en relación con esta materia.

En primer lugar, la toma de conciencia de que, pese a la existencia de una regulación específica para la Administración, la responsabilidad extracontractual

constituye una institución unitaria que debe abordarse desde la teoría general del derecho. La dualidad jurisdiccional o la existencia de normas específicas no ha de servir para crear compartimentos estancos e impermeables, sino para enriquecer y afianzar la unidad de la institución.

En segundo lugar, la Sala Tercera se enfrenta, asimismo, al reto de generar una jurisprudencia coherente y reconocible (aunque no homogénea, puesto que tiene anclajes diversos) tanto en lo que se refiere a la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos como en lo atinente a la responsabilidad del Estado legislador, a los supuestos de aplicación de normas declaradas contrarias al derecho de la Unión o a los supuestos de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Confío que, entre todos, seamos capaces de escribir nuevos capítulos en esta materia y que en ese palimpsesto de la responsabilidad las huellas de las formas de escribir anteriores alumbren nuevas formas de escritura cada vez más claras y también cada vez más justas.

