

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

ORIOI MIR PUIGPELAT
Universitat Pompeu Fabra

Cómo citar/Citation

Mir Puigpelat, O. (2020).

La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración.

Revista de Administración Pública, 213, 29-47.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>

Resumen

Lejos de lo que podrían dar a entender algunos de los pasajes de la controvertida e importante STC 112/2018, con ella no se consagra a nivel constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración, sino la responsabilidad por su funcionamiento anormal, que ha pasado a estar garantizada por el art. 106.2 CE y ya no puede ser excluida por el legislador. En el trabajo se fundamenta dicha tesis y se examina el importante papel que les corresponde al legislador y a la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la concreción del alcance del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial de la Administración; responsabilidad objetiva; funcionamiento anormal; art. 106.2 CE; Tribunal Supremo.

Abstract

Far from what some of the passages of the controversial and important Judgment of the Spanish Constitutional Court 112/2018 might imply, it does not enshrine the strict liability of the public Administration in Art. 106(2) of the Spanish Constitution. It is rather the fault-based liability of the Administration which has become guaranteed by this constitutional provision and can no longer be excluded by the legislator. The paper argues this thesis and examines the important role that corresponds to the legislator and the Supreme Court regarding the concretisation of the Spanish system of non-contractual liability of the Administration.

Keywords

Non-contractual liability of the public Administration; strict liability; fault-based liability; Art. 106(2) CE; Supreme Court.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUPERACIÓN DOCTRINAL DEL DOGMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. III. EL MANTENIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA FICCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. IV. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL QUE SE DESPRENDE, PESE A LAS APARIENCIAS, DE LA STC 112/2018: 1. La cuestión de inconstitucionalidad planteada y la sentencia interpretativa dictada por el TC. 2. La garantía constitucional de la responsabilidad por funcionamiento anormal que se desprende de un recto entendimiento de la STC. V. EL PAPEL DEL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EN LA CONCRECIÓN DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. VI. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN¹

Me parece muy acertado que la *RAP* y la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) hayan elegido el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración para el Debate de este año, ya que si hay alguno en el que sea especialmente necesario un debate sosegado entre la academia y la jurisprudencia es precisamente este, tras tantos años de malentendidos y de desencuentros más aparentes que reales sobre el supuesto carácter objetivo de dicha responsabilidad.

Debatir acerca de las bases constitucionales y legales de la responsabilidad de la Administración resulta particularmente apropiado tras los muchos interrogantes suscitados por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 112/2018, de 17 de octubre, sobre los accidentes de tráfico causados por el atropellamiento

¹ Texto de la ponencia presentada al primer bloque del *Seminario Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo-Revista de Administración Pública* (celebrado en el CEPC el 1 de octubre de 2020), dedicado a las «Bases constitucionales y legales de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas». Todos mis trabajos previos que cito en el texto se encuentran disponibles en PDF en mi página del Portal de Producción Científica de la UPF (<https://www.upf.edu/web/dret/entry/-/-/147697/adscpcion/oriol-mir>). Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto del Ministerio PID2019-108274GB-I00/AEI/10.13039/501100011033 del que soy investigador principal.

de especies cinegéticas, y las controvertidas afirmaciones que contiene sobre el alcance del art. 106.2 de la Constitución (CE).

En las páginas que siguen se tratará de estimular el debate contraponiendo la marcada evolución experimentada por la doctrina administrativista española en los últimos veinticinco años (II) con el continuismo jurisprudencial y sus contradicciones (III), precisando la interpretación que debe efectuarse de la citada STC y del art. 106.2 CE (IV) e indicando el papel que le corresponde y le debe corresponder al legislador en la concreción del alcance de la responsabilidad de la Administración (V). Las principales conclusiones del trabajo serán recogidas en su epígrafe final (VI). El breve espacio disponible obligará a manejar un aparato bibliográfico muy limitado.

Antes resulta obligado efectuar una sucinta aclaración terminológica, vistos los malentendidos que proliferan en esta materia²: se utiliza la expresión «responsabilidad objetiva» en su sentido habitual en el derecho público y privado de daños, español y comparado, esto es, como aquella responsabilidad que surge con independencia de cómo haya actuado el sujeto causante del daño. Bajo este entendimiento, la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración no sería un tipo de responsabilidad objetiva, por mucho que presuponga un concepto objetivo de diligencia administrativa (como objetiva es la culpa que se predica de las organizaciones en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, y a diferencia de la culpa subjetiva que rige todavía en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas físicas).

II. LA SUPERACIÓN DOCTRINAL DEL DOGMA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La doctrina administrativista española hace ya mucho que ha abandonado el dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración. Aunque todavía haya algún manual que, por la inercia heredada de tantos años, caracterice al español como un sistema de responsabilidad objetiva, lo cierto es que la doctrina especializada, tras el intenso y fructífero debate iniciado a mediados de los años noventa, coincide prácticamente sin excepciones en señalar que el título fundamental de imputación de daños a la Administración es y debe ser el de su funcionamiento anormal³.

² Esta aclaración resulta necesaria teniendo en cuenta que algún autor destacado, como Leguina, ha manejado un concepto distinto de responsabilidad objetiva. Véase al respecto O. Mir Puigpelat (2008), «Responsabilidad objetiva *vs.* funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, págs. 629-652 (págs. 650-652).

³ En mi tesis doctoral, a la que remito (O. Mir Puigpelat [2002], *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid: Civitas), aporté muchos

Por mucho que el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siga afirmando, en términos similares a los del fundacional art. 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que «sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», ya nadie sostiene que resulte indiferente cómo ha actuado la Administración y que esta, por tanto, responda siempre de forma objetiva. Al igual que en otros países, la responsabilidad por funcionamiento normal se reserva a supuestos acotados y excepcionales como los relacionados con la generación de riesgos especialmente elevados o la causación deliberada de daños cuasiexpropiatorios, en los que se ocasiona un sacrificio especial al afectado en beneficio de la colectividad⁴.

Resulta particularmente significativa la postura mantenida al respecto por García de Enterría y Leguina, los dos principales arquitectos del edificio de la responsabilidad patrimonial española, y que en sus últimos trabajos se mostraron muy críticos con la —meramente retórica— afirmación jurisprudencial del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa que se reseñará a continuación⁵.

III. EL MANTENIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA FICCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Pese a dicha llamativa evolución doctrinal, y pese a las críticas apuntadas, la jurisprudencia contencioso-administrativa sigue afirmando con reiteración que la responsabilidad de la Administración se caracteriza y diferencia de la de los particulares por su carácter objetivo⁶.

argumentos a favor de la prevalencia del funcionamiento anormal y relacioné los muchos autores que ya entonces habían cuestionado el dogma de la responsabilidad objetiva —dogma que asumí *de lege lata*, como la generalidad de la doctrina de la época, y critiqué *de lege ferenda*—. Véanse con posterioridad, entre otros, L. Medina Alcoz (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Cizur Menor: Thomson-Civitas; G. Doménech Pascual (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 183, págs. 179-231; J. C. Laguna de Paz (2019), «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, págs. 31-68, con ulteriores referencias.

⁴ L. Medina Alcoz (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, vol. IV, Madrid: Iustel, págs. 31-68.

⁵ E. García de Enterría (2002), «Prólogo», en Mir Puigpelat (2002); J. Leguina Villa (2007), «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, págs. 669-681.

⁶ Véanse, p. ej., en los últimos años, las SSTs (Sala 3ª) de 31 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1585), 22 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4665), 31 de octubre de

Como hemos advertido muchos autores y hasta la propia Sala de lo Civil del TS⁷, se trata de una afirmación puramente retórica, puesto que, en la práctica (y afortunadamente), los tribunales del orden contencioso-administrativo solo condenan a la Administración cuando se constata algún tipo de funcionamiento anormal⁸. De hecho, la mencionada evolución doctrinal parece haber ejercido alguna influencia en la jurisprudencia, ya que ha reforzado el papel central concedido al funcionamiento anormal y evitado que se repitan las sentencias que, en los años noventa, declararon la responsabilidad de la Administración pese a haber actuado correctamente y, con ello, desencadenaron el debate doctrinal que llevó a revisar el dogma de la responsabilidad objetiva⁹.

Pero resulta perturbador y criticable que la jurisprudencia otorgue al sistema de responsabilidad una amplitud que en realidad no tiene (ni debe tener), y que para ocultar la flagrante contradicción en la que incurre tergiversar otros requisitos de la responsabilidad que nada tienen que ver con el funcionamiento anormal, como son la causalidad, los denominados riesgos del desarrollo (la cláusula introducida en 1999 y mantenida por el art. 34.1 LRJSP en cuya virtud «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») y, sobre todo, la antijuridicidad del daño (arts. 32.1 y 34.1 LRJSP), auténtico cajón de sastre a través del cual se introduce de forma palmaria la exigencia de la anormalidad¹⁰.

2012 (ECLI:ES:TS:2012:6967) y 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1084), con ulteriores referencias, así como sentencias de tribunales inferiores como la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo –SAN–) de 16 de mayo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:2211).

⁷ STS (Sala 1ª) de 5 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:171), FJ 8, en materia sanitaria. El ponente de esta STS fue J. A. Xiol, quien luego formaría parte del Pleno del TC que ha dictado la STC 112/2018 sobre la que versarán las páginas siguientes.

⁸ Véanse, p. ej., mi estudio de la jurisprudencia del TS en materia de asistencia sanitaria (Mir Puigpelat [2008]) o las sucesivas crónicas de jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de E. Guichot publicadas en la *Revista Española de Derecho Administrativo* (p. ej., en el número 201 de 2019 y las sentencias de la Audiencia Nacional allí reseñadas).

⁹ La sentencia paradigmática fue la de los aneurismas gigantes (STS –Sala 3ª– de 14 de junio de 1991, ECLI:ES:TS:1991:3260), que condenó al INSALUD por los daños derivados de una intervención quirúrgica ajustada a la *lex artis* y que dio lugar a la influyente crítica de F. Pantaleón Prieto (1994), «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, págs. 239-254.

¹⁰ Así, p. ej., en la citada STS de 15 de marzo de 2018, como en tantas otras, se afirma que «la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber

El mantenimiento de esta ficción genera inseguridad jurídica en todos los operadores jurídicos e induce a muchas víctimas a presentar reclamaciones que nunca prosperarán¹¹. Impide avanzar en la perfección del sistema y en un desarrollo jurisprudencial adecuado de los requisitos de la responsabilidad, además de fomentar grandes malentendidos como el que refleja y amplifica la STC 112/2018 que veremos de inmediato.

Por ello, sigo pensando, como señalé hace un tiempo¹², que sería deseable que el TS dejara de afirmar de forma mecánica que la responsabilidad de la Administración es objetiva y *reinterpreta el art. 32.1 LRJSP*. No habría inconveniente alguno en afirmar que el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en dicho precepto, en pie de igualdad, que la regla general debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal, y que la Administración solo

podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*» (FJ 10).

En sentencias como la de la SAN de 16 de mayo de 2019 antes apuntada ni siquiera se intenta salvar la contradicción a través del daño antijurídico y se afirma directamente que: «No se trata, por consiguiente, de una responsabilidad por culpa o por negligencia, sino de carácter objetivo, que surge al margen de la conducta desplegada por el autor del daño, pero siempre que ese daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluso cuando tal funcionamiento es normal. Y en concreto en los supuestos en los que la responsabilidad se sitúa en el ámbito sanitario, se ha hecho necesario fijar un criterio para diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado lesivo es imputable a la actividad administrativa de aquellos en los que es consecuencia de la evolución natural de la enfermedad o de la imposibilidad de garantizar la salud en términos absolutos. Este criterio es el de la *lex artis*, que responde a la idea de que la Administración y sus agentes a lo que están obligados es a que la asistencia sanitaria que se preste sea la correcta y la adecuada en atención a las circunstancias de espacio y de tiempo concurrentes, pero no impone una determinada asistencia ni la obtención del resultado favorable en todo caso. Mediante este criterio se ha de valorar la corrección de los actos médicos y la observancia por el profesional del deber de actuar con arreglo a la diligencia debida» (FJ 2).

¹¹ De hecho, en muchas sentencias (como las citadas en la nota 6) el TS tiene que salir al paso de la alegación de las víctimas consistente en el supuesto carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. En 2019, al igual que en años anteriores, el examen de una muestra significativa de casi 300 sentencias reveló «un claro predominio de las sentencias que desestiman las pretensiones de los reclamantes particulares en todas las instancias jurisdiccionales (67,8% en primera instancia, 59,8% en segunda instancia y 76,1% en casación)» (F. Pastor Merchante [2019], «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en S. Díez Sastre [dir.], *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*, Madrid: CIJA-UAM, págs. 141-172 [págs. 157-158]). En la edición de 2020 de este mismo Informe se constatan datos similares de desestimación en primera (68,3%) y segunda (66,1%) instancia (pág. 174).

¹² Mir Puigpelat (2008: 646-647).

responderá por su funcionamiento normal en aquellos supuestos excepcionales que puedan ir previendo el legislador y la jurisprudencia. Al fin y al cabo, dicho precepto, como los que lo han precedido, no afirma expresamente que la responsabilidad de la Administración española sea objetiva. La crítica de la responsabilidad objetiva global de la Administración española ha calado tan hondo en los últimos años, que muy pocos objetarían una reinterpretación semejante de dicho precepto.

Dicha reinterpretación podría ser efectuada eficazmente a través del nuevo recurso de casación, mediante una sentencia destinada a formar jurisprudencia, ahora que hay tan pocos pronunciamientos del TS sobre esta materia.

IV. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL QUE SE DESPRENDE, PESE A LAS APARIENCIAS, DE LA STC 112/2018

La propuesta rectificación jurisprudencial no solo no viene impedida por la conocida e importante STC 112/2018, sino que, a mi juicio, se encuentra avalada y es incluso exigida por esta. En contra de lo que a primera vista puedan dar a entender determinadas afirmaciones contundentes y desafortunadas de esta criticada¹³ y criticable sentencia, considero que lo que con ella se consagra constitucionalmente no es la responsabilidad objetiva de la Administración, sino su responsabilidad por funcionamiento anormal. Me explico, tras resumir brevemente sus aspectos fundamentales.

1. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA Y LA SENTENCIA INTERPRETATIVA DICTADA POR EL TC

La STC 112/2018 resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño en relación con la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de

¹³ Véanse, entre otros, los comentarios de I. Rodríguez Fernández (2018), «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, págs. 155-192 (letrado del propio TC); J. M. Alegre Ávila (2019), «¿La legislación preconstitucional, parámetro de integración de las prescripciones constitucionales?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, págs. 307-336; L. Martín Rebollo (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 808 y 814-816. La STC cuenta también con dos excelentes y muy críticos votos particulares de A. Ollero y A. Narváez (este último suscrito también por A. Montoya). El hecho llamativo de que el propio ponente (Narváez) firmara un voto particular a su sentencia explica quizá la oscuridad de algunos de sus pasajes.

2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, tras su modificación por parte de la Ley 6/2014, de 7 de abril. Este precepto ha sido incorporado con posterioridad, en sus mismos términos, como disposición adicional séptima del vigente Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Dicho precepto regula el supuesto controvertido y habitual de la responsabilidad por daños derivados de accidentes de tráfico ocasionados por el atropellamiento de especies cinegéticas (animales salvajes de caza, como los ciervos). Se trata, como es sabido, de un supuesto problemático en el que hay distintos actores implicados: el conductor del vehículo que produce el atropello (por los daños que pueda ocasionar a terceros o sufrir él mismo en su vehículo o su persona), el titular del aprovechamiento cinegético (coto) de donde provenga el animal, el propietario del terreno sobre el que se sitúa el referido aprovechamiento (cuando sea distinto de su titular) y la Administración titular de la vía pública en la que se produzca el accidente.

Inicialmente, la disposición adicional sexta de la Ley 19/2001, de modificación del RDL 339/1990, estableció que el conductor del vehículo podría llegar a responder en caso de que hubiera incumplido las normas de circulación, aunque sin perjuicio de la responsabilidad que fuera exigible a quien correspondiera según la normativa específica aplicable. En este sentido, el art. 33.1 de la Ley estatal de caza (Ley 1/1970, de 4 de abril) dispone en general que los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y, subsidiariamente, los propietarios de los terrenos, son responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados.

Cuatro años después, en 2005, el legislador efectuó una nueva regulación de esta materia a través de la primera redacción que dio a la disposición adicional novena del RDL 339/1990. Dicha disposición estableció que el conductor del vehículo sería quien respondería «cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación», y limitó la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos y (subsidiariamente) propietarios de terrenos a aquellos casos en que «el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado». Dicha reforma legal introdujo también expresamente la posible responsabilidad del titular de la vía pública «como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización».

A fin de acabar con la gran conflictividad suscitada por esta regulación y distribuir con mayor claridad las responsabilidades respectivas (se dictaron sentencias muy contradictorias sobre la diligencia exigible en la conservación de los terrenos, y surgían lagunas en caso de que no hubiera existido acción de caza ni negligencia por parte de ninguno de los implicados), el legislador volvió a modificar esta disposición adicional en el año 2014 y optó por atribuir al conductor (y a

su seguro obligatorio de circulación) la responsabilidad por defecto en tales casos, aun sin incumplimiento de las normas de tráfico¹⁴. Al mismo tiempo, precisó los supuestos en que responderían los titulares de los aprovechamientos y propietarios de los terrenos (concretando material y temporalmente lo que debe entenderse por acción de caza y suprimiendo la responsabilidad por falta de diligencia en la conservación del terreno, en lo que algunos han visto una victoria del *lobby* de los cazadores)¹⁵, y aquellos en los que cabría exigir la responsabilidad de la Administración titular de la vía pública (concretando sus obligaciones de conservación y señalización: no haber reparado debidamente la valla de cerramiento en las autopistas y autovías que la requieren, o no haber colocado la señal de peligro correspondiente en los tramos con alta siniestralidad)¹⁶.

En el caso concreto que dio lugar a la STC, una conductora reclamó 1.500 euros por los daños sufridos por su vehículo al atropellar un ciervo procedente de un coto de titularidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Al ver desestimada su reclamación por parte de la Administración autonómica (no se había organizado ninguna acción colectiva de caza mayor, la carretera —también de titularidad autonómica— tenía la señal correspondiente y no debía estar provista de valla de cerramiento), interpuso recurso contencioso-administrativo, y el Juzgado que conoció del mismo planteó la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que la referida disposición adicional resultaba contraria a la responsabilidad objetiva que se derivaría del art. 106.2 CE, y que obligaría a que la Administración autonómica respondiera en todo caso como titular del aprovechamiento cinegético.

En su sentencia, interpretativa, el TC concluye que los párrafos primero y segundo de la citada disposición adicional¹⁷ solo pueden considerarse compatibles con el art. 106.2 CE si se interpreta que, cuando no exista una acción de caza mayor (esto es, cuando no se produzca el supuesto contemplado en el párrafo segundo), no desencadenan automáticamente la responsabilidad del conductor diligente y no excluyen que pueda declararse la responsabilidad de la Adminis-

¹⁴ Párrafo 1 de la vigente DA 9 (ahora DA 7): «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 irrumpan en aquéllas».

¹⁵ Párrafo 2 de la vigente DA 9 (7): «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».

¹⁶ Párrafo 3 de la vigente DA 9 (7): «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».

¹⁷ La STC no se pronuncia en ningún momento sobre el tercer párrafo, relativo a la posible responsabilidad de la Administración titular de la vía pública.

tración titular del aprovechamiento sobre la base de «algún título de imputación válidamente aceptado» derivado de los arts. 32 y siguientes LRJSP¹⁸.

El TC no concreta cuál es o cuáles son tales títulos de imputación, emplaçando a que lo determine el Juzgado que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad. Pero todo apunta a que se refiere al funcionamiento *anormal* de la Administración. Veámoslo.

2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL QUE SE DESPRENDE DE UN RECTO ENTENDIMIENTO DE LA STC

Lo más llamativo de esta STC son, sin lugar a dudas, las rotundas afirmaciones que contiene en su FJ 5 sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración establecida por el art. 106.2 CE, y las restricciones que impone a su desarrollo legislativo.

Tras dotar al referido FJ de un título elocuente («Significación constitucional de la *objetividad*¹⁹ del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 106.2 CE»), se afirma que «el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, *cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia*», y que «[a]sí pues, el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas *se rige por criterios objetivos*». El FJ acaba señalando que «la remisión del artículo 106.2 CE al desarrollo legislativo no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración; se trata, más bien, de una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida, lo que permite, a título de ejemplo, y según hemos declarado en nuestra STC 15/2016, [suprimir la acción directa contra los funcionarios y disponer que solo respondan ante la Administración en vía de regreso]».

¹⁸ Como se resume en el último párrafo de la STC, «[p]or todo ello, hemos de llegar a la conclusión de que, en un supuesto como el ahora planteado, en el que existe una actividad de titularidad administrativa o servicio público, la disposición adicional novena (actual disposición adicional séptima) de la Ley de tráfico sólo resulta compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 106.2 CE, 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» (FJ 6).

¹⁹ Las cursivas incluidas en las siguientes transcripciones de fragmentos de esta STC son mías.

En el primer párrafo del FJ 6 se insiste de nuevo en dicha objetividad cuando se afirma que

De acuerdo con los parámetros expuestos acerca del recto entendimiento del *régimen objetivo de responsabilidad del artículo 106.2 CE* hemos de coincidir con el auto de planteamiento en que sería incompatible con dicho precepto constitucional una regla legal de responsabilidad en la que, una vez constatada la contribución causal de la actividad administrativa en el daño efectivamente verificado y a pesar de la actuación completamente diligente del administrado (en este caso, del conductor), se exonerase, sin más, a la Administración actuante, ignorando la posible concurrencia de un título de imputación que pudiera servir para atribuirle la responsabilidad del daño.

A mi modo de ver, estas afirmaciones no suponen en absoluto que se esté consagrando una responsabilidad objetiva global de la Administración en el propio texto constitucional, una responsabilidad que surja en todos los casos con independencia de cómo haya funcionado el servicio público —de forma normal o anormal—.

En este mismo FJ 5, el TC subraya que dicha objetividad no significa que baste con la existencia de relación de causalidad entre la actuación administrativa y la lesión sufrida por la víctima, sino que debe concurrir algún título de imputación que permita atribuir el daño a la Administración:

[...] el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por criterios objetivos, que implican la necesidad, no sólo de examinar la relación de causalidad, *sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración pública*²⁰.

Y la importancia determinante que tiene la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 11 de febrero de 2016²¹ en el fallo de esta STC permite sostener que dicho título de imputación no es otro, en este caso, que el del funcionamiento anormal de la Administración, por mucho que el TC no lo explicita como debería.

En efecto, en dicha STS, que tuvo como ponente precisamente a F. Pantaleón, el civilista que encabezó la rebelión contra el dogma de la responsabilidad

²⁰ En este punto la sentencia remite a la STC 141/2014, de 11 de septiembre [FJ 8 B) b)], en la que el TC consideró que la obligación de indemnizar a los interesados en caso de silencio negativo prevista en el art. 11.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, solo era compatible con el art. 106.2 CE si se interpretaba que tal indemnización no surgiría cuando la demora no fuera atribuible al funcionamiento del servicio público (porque obedeciera a la propia conducta del particular) o no se hubiera producido una lesión efectiva (en el caso de que se dictara una resolución favorable posterior a la producción al silencio).

²¹ ECLI:ES:TS:2016:436.

objetiva de la Administración, y que es citada y transcrita literalmente —con y sin comillas— en los párrafos cuarto, quinto y sexto del último FJ de la STC, la Sala Primera consideró —*obiter dictum*—²² que la referida disposición adicional no impedía que el titular del aprovechamiento (o, en su defecto, el propietario del terreno) tuviera que responder civilmente frente al conductor diligente en caso de que pudiera acreditarse su culpa en la explotación del aprovechamiento o en la conservación de la finca, sobre la base de la cláusula general de responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del Código Civil (CC). Según la Sala de lo Civil, con dicha regulación lo que pretendía el legislador era garantizar que, cuando no hubiera acciones de caza, los titulares de aprovechamientos y los propietarios de las fincas solo respondieran en caso de *auténtica culpa* (culpa que además es definida en los términos económicos de la conocida fórmula de L. Hand), y no sobre la base de meras e infundadas culpas presuntas, como había sucedido bajo la regulación precedente y su oscilante aplicación jurisprudencial. Esta interpretación de la Sala Primera estaba muy condicionada por la voluntad de evitar que el conductor diligente que sufriera un accidente grave, y que no estaría cubierto por su seguro obligatorio de responsabilidad civil, se quedara sin indemnización pese a existir culpa probada del titular del aprovechamiento o el propietario de la finca al no impedir, p. ej., la sobrepoblación de una determinada especie de caza, o no vallar un punto negro que sea fuente habitual de accidentes de tráfico²³.

Estoy convencido de que la mayoría del TC, integrada por cinco magistrados del TS (tres de la Sala Tercera y dos de la Sala Primera), quiso evitar que la Administración, cuando fuera titular de un aprovechamiento o propietaria de un terreno de caza, respondiera menos que los particulares, y que pudiera dejar sin indemnización al conductor diligente pese a que pudiera acreditarse la existencia de funcionamiento anormal en la explotación del aprovechamiento o en la conservación de la finca. No podría admitirse que la Administración, sometida a un régimen de responsabilidad tan o más amplio que los particulares, respondiera menos que estos en el ámbito concreto de los accidentes ocasionados por el atropello de especies cinegéticas.

No hay que perder de vista, por otro lado, que el controvertido párrafo segundo de la referida disposición adicional contempla un supuesto de auténtica responsabilidad *objetiva* de los titulares de los aprovechamientos y las fincas, una responsabilidad que surge con independencia de su diligencia o negligencia, por el solo hecho de organizar una acción de caza colectiva, y que se justificaría por el mayor riesgo de accidente que esta conlleva. Siendo esto así, no es descabellado pensar

²² Puesto que la disposición adicional controvertida no era todavía de aplicación al caso resuelto por esta STS.

²³ La sentencia de la Sala Primera también señala que el legislador, para evitar las críticas suscitadas por esta disposición adicional, podría haber previsto que el seguro obligatorio de los conductores cubriera los daños que pudieran sufrir en tales accidentes.

que tal regulación pueda complementarse con la regla general de responsabilidad por culpa del art. 1.902 CC o con la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración del art. 32.1 LRJSP. De acuerdo con esta interpretación, el legislador habría acotado la responsabilidad objetiva de los titulares de aprovechamientos y fincas, sin cerrar la vía general de la responsabilidad por (auténtica) culpa (y dolo), que entraría en juego en todos aquellos accidentes no precedidos de una acción de caza colectiva, esto es, en todos aquellos accidentes en que no estaría justificado aplicar el estándar más estricto de responsabilidad objetiva que el riesgo añadido de la acción de caza supondría.

Naturalmente, todo esto lo podía haber dicho el TC de forma mucho más clara, y sin las controvertidas alusiones al carácter objetivo de la responsabilidad del art. 106.2 CE, que nada aportan y que a mi juicio obedecen, por un lado, a su invocación por el juez que plantea la cuestión de inconstitucionalidad y, por otro, a su afirmación tópica por parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Ante el argumento del carácter objetivo de la responsabilidad invocado por el juez, el TC —integrado, como digo, por tres influyentes magistrados de la Sala Tercera del TS— mantiene las afirmaciones meramente retóricas de dicha Sala Tercera, que ya sabemos que no significan auténtica responsabilidad objetiva y no excluyen la prevalencia del título de imputación del funcionamiento anormal de la Administración, que vuelve a ser determinante en este caso. De hecho, como hemos visto que sucede en muchas de las sentencias de la Sala Tercera del TS, las alusiones que en el FJ 5 se contienen al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración son efectuadas, no para subrayar la amplitud de tal responsabilidad, sino para enfatizar su carácter no automático y la necesidad de identificar algún título de imputación que, yendo más allá de la mera relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima, permita atribuir el daño a la Administración y justifique el surgimiento del deber resarcitorio.

Por todo ello, considero que lo que se deduce de esta STC no es la consagración constitucional de una vaga responsabilidad objetiva de la Administración, sino de la responsabilidad por su funcionamiento anormal. Completando el fragmento clave del primer párrafo del FJ 6, antes transcrito, podría afirmarse que «sería incompatible con dicho precepto constitucional [el art. 106.2 CE] una regla legal de responsabilidad en la que, una vez constatada la contribución causal de la actividad administrativa en el daño efectivamente verificado y a pesar de la actuación completamente diligente del administrado (en este caso, del conductor), se exonera, sin más, a la Administración actuante, ignorando la posible concurrencia de un título de imputación que pudiera servir para atribuirle la responsabilidad del daño», *como su funcionamiento anormal*.

El funcionamiento anormal serviría, de esta forma, como cláusula de cierre del sistema, como lo es el art. 1.902 CC en relación con la responsabilidad extracontractual de los particulares. Su consagración constitucional en el art. 106.2

CE, similar a la contenida en el art. 121 CE en relación con la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, supondría un límite al legislador, que no podría eximir de responsabilidad a la Administración cuando se constatará tal funcionamiento anormal. Se explicaría así el otro gran aspecto problemático de la STC: el magro papel que parece conceder al legislador democrático en la configuración del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello requiere un apartado específico, con el que concluiremos estas páginas.

V. EL PAPEL DEL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO EN LA CONCRECIÓN DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La interpretación propuesta de la STC 112/2018 permite entender mejor el papel que asigna al legislador democrático en la concreción del alcance de la responsabilidad de la Administración, y que no puede consistir en una mera confirmación de unos vagos e indeterminados títulos de imputación que pueda determinar libremente cada juzgado o tribunal, como podría derivarse de una lectura precipitada de la sentencia, incompatible con la remisión que el propio art. 106.2 CE efectúa a «los términos establecidos por la ley».

El legislador debe respetar los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial de la Administración que el TC identifica en esta y otras sentencias²⁴, como son la existencia de un daño efectivo, la relación de causalidad entre dicho daño y la actividad administrativa²⁵, la inexistencia de culpa exclu-

²⁴ Como la antes aludida STC 141/2014, que pone condiciones al establecimiento legislativo de responsabilidad por silencio administrativo negativo, o la más reciente STC 79/2019, de 5 de junio. Esta última sentencia, también en materia cinegética, ha establecido que una ley autonómica de caza (en el caso enjuiciado, la de Castilla-La Mancha) no puede vincular la responsabilidad de la Administración por daños agrícolas, forestales o ganaderos ocasionados por especies cinegéticas a su mera titularidad de la infraestructura (viaria, ferroviaria o hidráulica) de la que provengan, exigiendo para ello que tal Administración tenga atribuida la obligación específica de controlar a dichas especies cinegéticas y de evitar los daños que puedan ocasionar. Solo así se observarían los requisitos de la responsabilidad patrimonial establecidos por el art. 32 LRJSP en desarrollo de la competencia estatal del art. 149.1.18 CE.

²⁵ El TC, como la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, no ve inconveniente en afirmar también la existencia de relación de causalidad en los casos de omisión. En tales casos, la causalidad es meramente hipotética, como he explicado en O. Mir Puigpelat (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid: Civitas, págs. 241-244, recogiendo la mejor doctrina penalista que ha profundizado en tales cuestiones.

yente de la víctima²⁶ y la concurrencia de un título suficiente de imputación como el del funcionamiento anormal, no pudiendo declararla en ausencia de los mismos.

Tras la STC 112/2018, parece también claro que el legislador no puede excluir la responsabilidad cuando concurren tales elementos estructurales, estableciendo zonas exentas de responsabilidad administrativa aun cuando exista daño, relación de causalidad, conducta adecuada de la víctima y funcionamiento anormal de la Administración. Aunque de manera francamente críptica y poco lograda, la STC tendría la virtud de dotar de mayor densidad y contenido a la garantía constitucional de los particulares que representa el art. 106.2 CE. No sería una mera remisión en blanco al legislador, sino que garantizaría al menos el resarcimiento de los daños causados por el funcionamiento anormal de las Administraciones españolas. Y no es poco.

Quedaría todavía un gran espacio para la configuración legislativa, como corresponde en todo sistema democrático.

El legislador puede no solo establecer las vías formales de obtención de reparación, sino precisar los referidos títulos sustantivos de imputación. Puede, naturalmente, incrementar la garantía mínima exigida por el art. 106.2 CE y establecer supuestos concretos (típicos, acotados y justificados) de responsabilidad por el funcionamiento normal, incluyendo supuestos de auténtica responsabilidad objetiva, como el previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional enjuiciada por la STC 112/2018 o los contenidos en muchas otras normas del ordenamiento jurídico español (como, p. ej., las que establecen la responsabilidad objetiva de los conductores de vehículos a motor²⁷, de los fabricantes de productos defectuosos²⁸ o de determinados operadores que causen daños medioambientales²⁹).

Pero, sobre todo, le corresponde un papel clave en la concreción de lo que deba entenderse en cada momento por funcionamiento anormal de la Administración, y que no puede quedar (solo) en manos de los jueces y tribunales que conocen de los pleitos de responsabilidad patrimonial, por exigencias evidentes de los principios democrático, de igualdad, de seguridad jurídica, de eficacia y

²⁶ La culpa de la víctima excluye (o al menos reduce) el deber resarcitorio incluso bajo los regímenes más estrictos (públicos o privados) de responsabilidad objetiva. Ya hemos visto que la STC 112/2018 tiene en cuenta que el conductor accidentado condujera diligentemente, de la misma forma que la STC 141/2014 toma en consideración que el silencio negativo haya sido provocado por la propia conducta del interesado.

²⁷ Art. 1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

²⁸ Arts. 135 y 137 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

²⁹ Art. 3.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

eficiencia administrativa, y de estabilidad presupuestaria. Como he desarrollado ampliamente en trabajos previos³⁰, el legislador puede y debe elaborar estándares concretos de diligencia administrativa, que marquen el nivel de funcionamiento que cabe esperar de la Administración en sus distintos sectores de intervención (y que es posible pagar con cargo a los presupuestos públicos), estándares que la propia Administración ha de poder concretar —bajo control judicial— en ejercicio de su potestad reglamentaria y de autoorganización. Allá donde existen —en forma de reglamentos, protocolos médicos y policiales, cartas de servicios, circulares internas, etc.—, dichos estándares contribuyen poderosamente a mejorar el funcionamiento de la Administración y facilitan la resolución de los casos de responsabilidad por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El legislador también puede invertir la carga de la prueba de la anormalidad (más importante en la práctica que la afirmación retórica de la responsabilidad objetiva) y precisar muchos otros aspectos del régimen vigente que adolecen de una excesiva indeterminación³¹. El papel fundamental le corresponde al legislador estatal, que desaprovechó una ocasión espléndida con la aprobación precipitada de las Leyes 39 y 40/2015, aunque los legisladores autonómicos pueden contribuir también a la perfección del sistema en el marco de sus competencias, como ha señalado el TC en sentencias como las SSTC 61/1997³², 164/2001³³ o 79/2019³⁴.

La más que probable condena por parte del Tribunal de Justicia y la necesidad subsiguiente de modificar la LRJSP para acomodarla a las exigencias de los principios europeos de equivalencia y efectividad en materia de responsabilidad del Estado legislador³⁵ puede propiciar al menos una nueva oportunidad para acometer la reforma legislativa meditada que debía haber

³⁰ Mir Puigpelat (2002: 252-279) y O. Mir Puigpelat (2009), «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en J. Ortiz Blasco y P. Mahillo García (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 33-60 (págs. 38-40), con referencias de otros autores que han incidido en esta misma dirección, como, señaladamente, L. Martín Rebollo. Más recientemente, de forma monográfica, M^a. M. Caraza Cristín (2016), *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, Madrid: INAP.

³¹ Como los que enumero, con concretas propuestas de reforma legislativa, en Mir Puigpelat (2009).

³² FJ 33.

³³ FJ 47.

³⁴ FJ 6.

³⁵ E. Guichot (2020), «Responsabilidad administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 204, págs. 215-230 (págs. 223-230); R. Alonso García y J. M. Almodí Cid (2020), «El Tribunal Supremo ante la constitucionalidad y la europeidad de las leyes (a

tenido lugar en 2015. Dicha reforma de la responsabilidad patrimonial del conjunto de poderes del Estado debería incluir también una regulación más completa y ponderada del espinoso tema de la indemnización por prisión provisional (y definitiva) seguida de absolución³⁶, pudiéndose inspirar en leyes como la alemana³⁷.

VI. FINAL

En las páginas precedentes se ha sostenido que la controvertida y crítica STC 112/2018 no ha elevado a rango constitucional una supuesta responsabilidad objetiva global de la Administración, que nazca con independencia de cómo haya actuado esta. Así se desprende de su puesta en relación con la STS de la Sala Primera de 11 de febrero de 2016 que le sirve de fundamento decisorio. Sería una gran ironía que una de las sentencias redactadas por F. Pantaleón durante su breve etapa como magistrado del TS sirviera para apuntalar una responsabilidad objetiva de la Administración que él tanto criticó y que contribuyó a superar con su brillante artículo de 1994.

Rectamente interpretada, esta STC tiene la virtud de consagrar al mayor rango normativo, en cambio, el título de imputación del funcionamiento anormal de la Administración, que gracias a ella habría pasado a formar parte del contenido mínimo de la garantía constitucional del art. 106.2 CE y no podría ser ignorado por el legislador. El legislador no puede ya eximir a la Administración de responsabilidad en caso de funcionamiento anormal, aunque pueda precisar lo que deba entenderse en cada momento por normalidad/anormalidad e incluso establecer supuestos puntuales concretos de responsabilidad por funcionamiento normal que vayan más allá de la garantía mínima que proporciona ahora el art. 106.2 CE.

Sería muy importante que la Sala Tercera del TS confirmara este papel central que corresponde al título de imputación del funcionamiento anormal de la

propósito del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica)», *Revista de Administración Pública*, 212, págs. 55-86 (pág. 84).

³⁶ STC 85/2019, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2019:85) y STS (Sala 3ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3121), comentadas entre otros por E. Cobreros Mendazona (2019), «El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada», *Revista de Administración Pública*, 209, págs. 13-44; J. L. Manzanares Samaniego (2020), «El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, 9563; L. Medina Alcoz e I. Rodríguez Fernández (2019), «Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 200, págs. 147-190.

³⁷ Ley federal de indemnización por actuaciones judiciales penales de 8 de marzo de 1971, modificada por última vez el 13 de abril de 2017 (*Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen – StrEG*).

Administración, papel central que sin duda tiene en su praxis jurisprudencial, y dejara de afirmar de forma puramente retórica que la responsabilidad de la Administración es objetiva. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que los tribunales inferiores se vean habilitados por algunas afirmaciones ambiguas de esta STC para identificar libremente ulteriores títulos de imputación bajo el paraguas de la responsabilidad objetiva y el funcionamiento normal de la Administración, con grave peligro para las arcas públicas y el principio de igualdad. Este riesgo es especialmente importante en el momento actual, en que proliferan muchas reclamaciones de responsabilidad patrimonial asociadas de forma genérica a la COVID-19 que no deberían prosperar.

Como se ha señalado, esta confirmación de la centralidad del funcionamiento anormal podría venir dada por una reinterpretación del art. 32.1 LRJSP al hilo de un recurso de casación para la formación de jurisprudencia. Y contaría con el apoyo mayoritario de la doctrina administrativista de nuestro país, que hace ya mucho que ha despertado del sueño de la responsabilidad objetiva.

