

Universitat de Lleida

El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

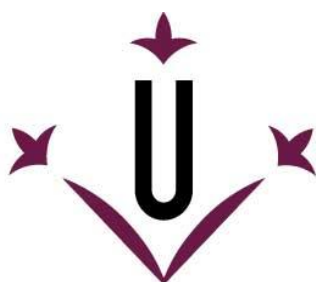
Eduard-Valentin Pavel

<http://hdl.handle.net/10803/669650>



El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas està subjecte a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 4.0 No adaptada de Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

(c) 2020, Eduard-Valentin Pavel



Universitat de Lleida

TESIS DOCTORAL

**El procedimiento administrativo de
responsabilidad patrimonial de las
Administraciones Públicas**

Eduard-Valentin Pavel

Memoria presentada para optar al grado de Doctor por la
Universitat de Lleida
Programa de Doctorado en Derecho y Administración de Empresas

Director:
César Cierco Seira

Lleida, 2020

A mis padres

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|----|
| Resumen/Resum/Summary..... | 16 |
| ABREVIATURAS UTILIZADAS..... | 20 |
| PRESENTACIÓN..... | 26 |
| INTRODUCCIÓN..... | 31 |

Capítulo 1

Los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

| | |
|--|----|
| I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES..... | 40 |
| II. LA POSICIÓN DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 44 |
| III. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA DEMOSTRACIÓN DE VOLUNTAD ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS..... | 46 |
| 1. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE LA VOLUNTAD DE RECLAMACIÓN POR DAÑOS POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS..... | 48 |
| 2. LA FALTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y SUS EFECTOS EN LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 54 |
| IV. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA..... | 57 |
| 1. CAPACIDAD DE OBRAR ADMINISTRATIVA..... | 57 |
| A. <i>Supuesto general</i> | 57 |
| B. <i>Supuesto especial: la capacidad de obrar del menor en el ámbito concreto del procedimiento de responsabilidad patrimonial</i> | 57 |
| a) <i>La necesaria revisión de la capacidad de obrar del menor en atención a su capacidad natural y el derecho a participar en los procedimientos que le afecten</i> | 57 |
| b) <i>Algunos aspectos problemáticos: ¿capacidad del menor o representación por parte de los progenitores?</i> | 64 |
| C. <i>La capacidad de obrar de las entidades sin personalidad jurídica</i> | 66 |
| 2. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 68 |
| A. <i>La proyección del régimen general de la representación en el entorno particular de la responsabilidad patrimonial</i> | 68 |

| | | |
|-----|---|------------|
| | <i>B. La acreditación de la representación y las consecuencias de su inexistencia</i> | 70 |
| | <i>C. El deber de la Administración de requerir la subsanación del poder de representación</i> | 73 |
| V. | LA LEGITIMACIÓN DE LOS PRESUNTOS LESIONADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: SOBRE SU CONDICIÓN DE INTERESADOS | 74 |
| 1. | EL PARALELISMO ENTRE EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL LEGITIMADO EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO..... | 75 |
| | <i>A. Tratamiento doctrinal del binomio interesado-legitimado</i> | 75 |
| | <i>B. Tratamiento jurisprudencial del binomio interesado-legitimado. Las enseñanzas del caso Eroski c. País Vasco</i> | 81 |
| 2. | LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 88 |
| 3. | LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 91 |
| | <i>A. Legitimación activa individual: la víctima del servicio público</i> | 91 |
| | <i>a) Título legitimador de la reclamación de los daños con desenlace mortal</i> | 95 |
| | <i>b) La tesis de la intransmisibilidad de la indemnización mortis causa a los derechohabientes</i> | 101 |
| | <i>c) La tesis favorable a la transmisibilidad de la indemnización mortis causa a los derechohabientes</i> | 104 |
| | <i>d) ¿Hacia un cambio de tendencia? La tesis de la determinación del daño y otras variables</i> | 108 |
| | <i>B. Legitimación activa plural: las reclamaciones colectivas de responsabilidad patrimonial</i> | 112 |
| | <i>a) La incompatibilidad entre los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial y el concepto jurídico-administrativo de intereses colectivos o difusos</i> | 114 |
| | <i>b) La reclamación colectiva fruto del interés plural: una figura de inspiración procesal que tiene cabida en el marco procedimental administrativo</i> | 117 |
| | <i>c) La acumulación de reclamaciones o de procedimientos</i> | 119 |
| | <i>d) La reclamación por parte de un representante de base asociativa</i> | 125 |
| VI. | LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 127 |
| 1. | UN CAMPO NO ACOTADO EXCLUSIVAMENTE A LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES | 127 |
| 2. | GRUPOS DE LEGITIMADOS PASIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. | 138 |
| | <i>A. La intervención de los contratistas y concesionarios en el procedimiento de responsabilidad patrimonial</i> | 138 |

| | |
|--|------------|
| <i>B. La participación de la aseguradora de la Administración como legitimado pasivo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial</i> | 142 |
| <i>C. Los sujetos habilitados por la Administración</i> | 145 |
| <i>D. Los sujetos habilitados que colaboran en el ejercicio de potestades públicas</i> | 146 |
| <i>E. Otros terceros: los internos o usuarios de establecimientos de titularidad pública</i> | 147 |
| VII. LA POSICIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA PROPOSICIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DEL TERCERO PRESUNTO RESPONSABLE | 149 |
| 1. LA AFECTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONDENA A LOS INTERESADOS QUE SE ENCUENTRAN EN POSICIÓN PASIVA: LA ADMINISTRACIÓN DEBE ORDENAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN AL TERCERO Y, EN SU CASO, EJECUTAR DICHA ORDEN | 150 |
| <i>A. Los argumentos contrarios a que sea la Administración quien ejecute, contra terceros, la resolución de responsabilidad patrimonial</i> | 154 |
| <i>B. La inconsistencia de dichos argumentos desde la defensa de la potestad administrativa de determinar la responsabilidad de terceros interesados y ejecutar “lo determinado”</i> | 155 |
| <i>C. La fuerza del acto ejecutable frente a tercero en el procedimiento de responsabilidad patrimonial</i> | 160 |
| <i>D. ¿La condena y su ejecución en vía administrativa incurriría en un exceso en la autotutela de la Administración?</i> | 161 |
| 2. LA POSICIÓN PROCEDIMENTAL DE LOS TERCEROS INTERESADOS: TAMBIÉN DEBEN DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES | 163 |

Capítulo 2

La iniciación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

| | |
|---|------------|
| I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 166 |
| II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 170 |
| 1. EL ESQUEMA BÁSICO DE PARTIDA: UN AÑO DESDE LA MANIFESTACIÓN DEL EFECTO LESIVO | 171 |
| 2. LAS VICISITUDES EN EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR DAÑOS CORPORALES.... | 173 |
| <i>A. Los daños continuados frente a los daños permanentes</i> | 174 |
| <i>B. El dies a quo en las acciones de responsabilidad patrimonial por daños corporales</i> | 176 |
| <i>a) Desde la curación de las lesiones como regla general</i> | 177 |
| <i>b) Desde la estabilización lesional o la determinación del alcance de las secuelas</i> .. | 178 |

| | |
|--|------------|
| c) <i>El agotamiento de los tratamientos paliativos o rehabilitadores y su relación con las resoluciones administrativas de incapacidad</i> | 179 |
| d) <i>Una reflexión final acerca de la prescripción de los daños corporales y el concepto de alta médica</i> | 183 |
| 3. EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR ANULACIÓN DE ACTOS O DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL | 186 |
| A. <i>Idea general de la prescripción por anulación de actos o disposiciones generales</i> | 186 |
| B. <i>Excepción a la regla general: el supuesto de la ejecución de resoluciones en reclamaciones hechas por terceros</i> | 188 |
| 4. EL CÓMPUTO DE LA DE PRESCRIPCIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA CON RANGO DE LEY O DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA | 193 |
| 5. LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN | 195 |
| A. <i>La diferenciación entre los efectos interruptores y los efectos suspensivos de la prescripción del plazo</i> | 196 |
| B. <i>La manifestación de voluntad como medio para interrumpir la prescripción: en especial, el tratamiento del envío de burofax y la presentación de la reclamación ante órganos administrativos incompetentes</i> | 197 |
| C. <i>Las actuaciones judiciales con posible efecto interruptor de la prescripción del plazo</i> | 199 |
| a) <i>La reclamación de responsabilidad patrimonial en una vía jurisdiccional errónea (civil y social)</i> | 199 |
| b) <i>La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración como causa interruptora de la prescripción</i> | 202 |
| D. <i>La incidencia de la solicitud de justicia gratuita en el plazo de prescripción para reclamar responsabilidad patrimonial</i> | 203 |
| 6. LA POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN O EL JUEZ APRECIE DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN | 207 |
| A. <i>En vía administrativa</i> | 208 |
| B. <i>En vía judicial</i> | 208 |
| III. LA INICIACIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 210 |
| 1. A INICIATIVA PROPIA DEL ÓRGANO COMPETENTE | 212 |
| 2. COMO CONSECUENCIA DE ORDEN DEL SUPERIOR JERÁRQUICO | 214 |
| 3. A RAÍZ DE PETICIÓN RAZONADA DE OTROS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS | 218 |
| 4. DE RESULTAS DE UNA DENUNCIA: UNA RAZÓN DE PESO PARA INCOAR..... | 219 |
| 5. LA INTERVENCIÓN DE LOS PRESUNTOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO | 225 |
| IV. LA INICIACIÓN MEDIANTE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 225 |

| | |
|---|------------|
| 1. LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA TENSIÓN ENTRE LA EXIGENCIA DE UNA SOLICITUD ROBUSTA Y EL PRINCIPIO ANTIFORMALISTA CARACTERÍSTICO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA..... | 226 |
| 2. LA SUBSANACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 229 |
| <i>A. La subsanación como mecanismo de verificación de lo estrictamente formal y la necesidad de evitar su desnaturalización</i> | 231 |
| <i>B. La subsanación por medios electrónicos</i> | 236 |
| <i>C. El incumplimiento del deber de ofrecer la posibilidad de subsanar por parte de la Administración</i> | 237 |
| 3. LA MEJORA VOLUNTARIA DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 238 |
| V. LA INADMISIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 239 |
| 1. REFLEXIONES PREVIAS EN TORNO A LAS BONDADES Y, ESPECIALMENTE, LOS PELIGROS DE LA INADMISIÓN..... | 240 |
| 2. EL USO RECURRENTE DE LA INADMISIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 242 |
| <i>A. La inadmisión por carencia manifiesta de fundamento</i> | 244 |
| <i>B. La inadmisión por incompetencia del órgano administrativo al que se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial</i> | 246 |
| <i>C. La inadmisión por falta de legitimación activa o pasiva</i> | 247 |
| <i>D. La inadmisión por prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial</i> | 249 |
| <i>E. La inadmisión en los casos de error judicial o responsabilidad patrimonial del Estado legislador</i> | 249 |
| <i>F. La inadmisión por cosa juzgada administrativa</i> | 251 |
| <i>G. La inadmisión por inadecuación procedimental</i> | 251 |
| <i>H. ¿Numerus apertus en la inadmisión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial?</i> | 252 |
| 3. LA INADMISIÓN Y SU DISCUTIBLE EMPLEO COMO CAJÓN DE SASTRE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 254 |

Capítulo 3

La ordenación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

| | |
|--|-----|
| I. APROXIMACIÓN GENERAL A LAS NORMAS DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO | 257 |
| II. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y SU ESPECIAL TRASCENDENCIA EN LOS ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 259 |
| 1. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES ACERCA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO | 259 |

| | |
|--|------------|
| A. Breve referencia al concepto de expediente administrativo | 259 |
| B. El contenido del expediente administrativo: especial atención a la exclusión de la información accesoria | 260 |
| 2. EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 267 |
| A. La vocación de completitud probatoria del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial..... | 268 |
| B. El valor asimétrico de las pruebas contenidas en el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial..... | 270 |
| C. La jurisprudencia sobre el valor probatorio del expediente administrativo y su proyección en la responsabilidad patrimonial | 272 |
| D. El valor probatorio diferenciado entre los documentos obrantes en el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial..... | 276 |
| III. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SUS VISCISITUDES OPERATIVAS..... | 277 |
| 1. EL IMPULSO DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO, LA CELERIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL TRAMITADOR..... | 277 |
| 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE IMPULSAR DE OFICIO Y TRAMITAR CON CELERIDAD EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... | 279 |
| 3. LA CONCENTRACIÓN DE TRÁMITES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 281 |
| 4. LAS CUESTIONES INCIDENTALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 282 |

Capítulo 4

La instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

| | |
|--|------------|
| I. LA INSTRUCCIÓN Y SU FUNCIÓN NUCLEAR EN ORDEN A LA ELABORACIÓN DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA CABAL | 288 |
| 1. EL AMPLIO MARGEN DE MANIOBRA DEL INSTRUCTOR A LA HORA DE DAR CURSO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... | 289 |
| 2. LA NECESIDAD DE APOSTAR POR UNA ADMINISTRACIÓN INSTRUCTORA ACTIVA | 294 |
| 3. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES DE LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN..... | 297 |
| II. LAS ALEGACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 297 |
| 1. EL DERECHO DE ALEGAR DE LOS INTERESADOS | 297 |
| 2. EL DEBER DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS ALEGACIONES PRESENTADAS | 299 |

| | |
|--|------------|
| 3. EL CAUCE PARA DAR RESPUESTA A LAS ALEGACIONES PRESENTADAS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 300 |
| III. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 302 |
| 1. EL OBJETIVO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EN BÚSQUEDA DE LA VERDAD..... | 304 |
| A. El concepto universal de la prueba en el ámbito procesal | 304 |
| B. La prueba como elemento psicológico de la verdad sin llegar (en todo caso) a alcanzarla | 306 |
| 2. LA RELACIÓN ENTRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESPLEGADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL POSTERIOR PROCESO JUDICIAL | 308 |
| A. La amplitud técnica de los medios probatorios admitidos por la LPAC a causa de su remisión a la LEC | 308 |
| B. La remisión a la LEC en materia de valoración de la prueba | 311 |
| C. La sana crítica en el procedimiento y su significado en términos de discrecionalidad | 312 |
| a) El exceso de discrecionalidad: la valoración arbitraria de la prueba | 313 |
| b) La prueba tasada como límite insuperable en la libre valoración..... | 316 |
| c) Las reglas de valoración de los hechos declarados probados en resoluciones judiciales | 319 |
| d) La presunción de veracidad de los documentos administrativos | 322 |
| 3. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 324 |
| A. La prueba de la lesión en diferentes dimensiones | 325 |
| a) La acreditación del daño efectivo..... | 325 |
| b) La acreditación del valor económico del daño | 326 |
| c) La individualización del daño y su relativización en las reclamaciones colectivas | 329 |
| d) La acreditación de la antijuridicidad de la lesión como concepto probatorio de importancia alternativa..... | 331 |
| B. La prueba de la relación de causalidad entre la lesión y el servicio público | 334 |
| C. La prueba de la fuerza mayor | 336 |
| 4. LA CARGA Y DISTRIBUCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 338 |
| A. La escasa atención a la carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo y su reflejo en el procedimiento administrativo | 338 |
| B. Sistema general de carga probatoria en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial..... | 340 |

| | |
|---|------------|
| C. <i>El papel del instructor ante la duda sobre lo alegado por el reclamante: en especial, la inversión de la carga de la prueba con base en el principio de la facilidad probatoria</i> | 342 |
| D. <i>El deber de la Administración de aportar al procedimiento administrativo las pruebas que obren en su poder</i> | 344 |
| 5. LA SECUENCIA DEL TRÁMITE PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 346 |
| A. <i>La doble posibilidad de abrir el trámite de prueba</i> | 346 |
| a) <i>El período ordinario de prueba</i> | 346 |
| b) <i>El período extraordinario de prueba</i> | 349 |
| B. <i>El derecho de los interesados a proponer la práctica de las pruebas</i> | 351 |
| a) <i>La facultad del interesado de proponer pruebas y su eventual rechazo por el instructor</i> | 351 |
| b) <i>La práctica de la prueba</i> | 353 |
| IV. LOS INFORMES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 354 |
| 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO, LA FUNCIONALIDAD Y LAS CLASES DE INFORME..... | 355 |
| 2. LOS INFORMES Y LOS DICTÁMENES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 356 |
| A. <i>El informe de funcionamiento del servicio causante de la lesión</i> | 357 |
| a) <i>Conceptualización y naturaleza alegatoria del informe del servicio causante de la lesión</i> | 357 |
| b) <i>La incidencia de la tardía emisión del informe del servicio o su omisión absoluta: la relativización de su carácter preceptivo</i> | 362 |
| B. <i>El dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo análogo en la Comunidad Autónoma</i> | 364 |
| a) <i>El dictamen en materia de responsabilidad patrimonial como figura preeminente de la actividad consultiva</i> | 365 |
| b) <i>La configuración legal del dictamen consultivo en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial</i> | 367 |
| c) <i>La cuantía como criterio que condiciona el carácter preceptivo del dictamen</i> | 371 |
| d) <i>La omisión del dictamen y sus consecuencias</i> | 373 |
| V. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 378 |
| 1. UNA PRIMERA TOMA DE CONTACTO: LA AUDIENCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU IMPLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 378 |
| 2. ESQUEMA GENERAL DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LA LPAC Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 381 |

| | |
|--|-----|
| <i>A. La ubicación temporal de la audiencia en el procedimiento administrativo y la presencia de dos circunstancias contrapuestas: el carácter conclusivo del trámite frente a la ausencia de preclusión</i> | 383 |
| <i>B. Efectos de la falta de preclusión del trámite: la audiencia como definitiva, la pluralidad de audiencias y la pérdida de peso de esta</i> | 385 |
| <i>C. Una reflexión: la conveniencia de recuperar el carácter conclusivo y concentrado del trámite de audiencia</i> | 391 |
| <i>D. Las causas legales para prescindir del trámite de audiencia</i> | 393 |
| <i>E. La indebida omisión del trámite de audiencia y sus efectos: la frontera de la indefensión real</i> | 396 |
| 3. LA EXIGENCIA ESPECÍFICA DE CURSAR EL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LOS CONTRATISTAS Y LA AUSENCIA DE REFERENCIAS EXPRESAS A OTROS POSIBLES TERCEROS DESTINATARIOS DE LA RECLAMACIÓN | 398 |

Capítulo 5

La terminación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

| | |
|--|------------|
| I. LAS FORMAS GENERALES DE TERMINACIÓN PROCEDIMENTAL | 402 |
| II. LAS ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS DE INSTRUCCIÓN EN LA FASE FINAL Y ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER EL PROCEDIMIENTO | 404 |
| III. LA RESOLUCIÓN MATERIAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO | 407 |
| 1. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO ANTESALA DEL DEBER DE MOTIVAR | 408 |
| 2. LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN MATERIAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 411 |
| <i>A. La motivación como garantía de los interesados y espejo del principio democrático</i> | 411 |
| <i>B. La motivación como concepto</i> | 413 |
| <i>C. La intensidad de la motivación: de la motivación sucinta a la motivación detallada</i> | 416 |
| IV. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 423 |
| 1. ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PIEZA CONVENCIONAL DENTRO DE LA TRAMITACIÓN GENERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 424 |
| 2. EL ACUERDO CONVENCIONAL COMO POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 428 |
| 3. LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTEGRAR EL PACTO O CONVENIO | 435 |

| | |
|--|------------|
| V. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 437 |
| 1. EL DESLINDE ENTRE DESISTIMIENTO Y RENUNCIA | 438 |
| 2. EL DESISTIMIENTO EJERCIDO POR LA ADMINISTRACIÓN | 439 |
| 3. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA POR PARTE DE LOS INTERESADOS..... | 442 |
| <i>A. Breve análisis procedimental del desistimiento y la renuncia de los interesados ..</i> | <i>442</i> |
| <i>B. El desistimiento tácito de los interesados: entre el desistimiento y la caducidad ..</i> | <i>450</i> |
| VI. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 453 |
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES | 453 |
| 2. LA INCIDENCIA DE LA CADUCIDAD POR CAUSAS IMPUTABLES AL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 454 |
| 3. LA CADUCIDAD, LA PRESCRIPCIÓN Y SU INCIDENCIA EN UN EVENTUAL SEGUNDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 458 |
| 4. LAS EXCEPCIONES A LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD | 461 |
| VII. EL SILENCIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL..... | 461 |
| 1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RESPONSABLE DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... | 461 |
| 2. EL PLAZO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SUS ALTERACIONES..... | 463 |
| <i>A. La ampliación del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de responsabilidad</i> | <i>465</i> |
| <i>B. La suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de responsabilidad patrimonial.....</i> | <i>468</i> |
| <i>C. El procedimiento simplificado y su proyección en el procedimiento de responsabilidad patrimonial</i> | <i>471</i> |
| <i>A. La ampliación de los plazos en los actos de trámite y la tramitación de urgencia: figuras afines a la ampliación y suspensión del plazo máximo para resolver</i> | <i>478</i> |
| 3. EL CONTROL DEL TIEMPO COMO IDEA CARDINAL DEL BUEN DESARROLLO PROCEDIMENTAL | 480 |
| 4. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL | 482 |
| CONCLUSIONES | 485 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 502 |

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a partir del nuevo estatuto que le proporciona la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Si bien parece que la nueva ley atribuye a este procedimiento una posición cualificada, muchos son los indicadores que nos señalan que la regulación o su aplicación no es del todo satisfactoria. Por esta razón, la tesis parte del análisis minucioso de su configuración actual para acabar proponiendo algunas soluciones de un alcance mucho más profundo sobre la manera de comprender el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

Una de las ideas en torno a las que se mueve el procedimiento es que la institución relativa a la responsabilidad patrimonial es netamente versátil, nota que, por extensión, acaba reflejándose en su procedimiento. Su diversa composición hace temblar los cimientos de su caracterización como especialidad del procedimiento común. No solo eso, sino que, unida a esta idea, se propone un cambio cultural en cuanto a la tramitación de los procedimientos administrativos complejos, como el que es objeto de estudio, potenciando la figura del órgano instructor desde el entendimiento de que una mejora en la tramitación hará mejor a la propia institución de la responsabilidad patrimonial. Una mejora que, sin embargo, no llegará a partir de algún cambio singular, sino que vendrá dada por la unión de un cúmulo de factores.

Resum

El present treball té per objecte l'estudi del procediment administratiu de responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques a partir del nou estatut que li proporciona la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les Administracions Públiques. Si bé sembla que la nova llei atribueix a aquest procediment una posició qualificada, molts són els indicadors que ens suggereixen que la regulació o la seva aplicació no és del tot satisfactòria. Per aquesta raó, la tesi parteix de l'anàlisi detallat de la seva configuració actual per acabar proposant algunes solucions d'un abast molt més profund sobre la manera de comprendre el procediment administratiu de responsabilitat patrimonial.

Una de les idees entorn de la qual es mou el procediment és que la institució relativa a la responsabilitat patrimonial és netament versàtil, nota que, per extensió, acaba reflectint en el seu procediment. La diversitat de la seva composició fa tremolar els fonaments de la seva caracterització com especialitat del procediment comú. No només això, sinó que es proposa un canvi cultural quant a la tramitació dels procediments complexos, com el que és objecte d'estudi, potenciant la figura de l'òrgan instructor des de la comprensió que una millora en la tramitació farà millor a la pròpia institució de la responsabilitat patrimonial. Una millora, aquesta, que no arribarà a partir de canvis singulars, sinó que arribarà a partir de la conjunció d'un cúmul de factors.

Summary

The object of this doctoral thesis is the procedure of patrimonial liability of the public administration from new statute provided by law 39/2015, about the common administrative proceeding of the Public Administrations. Even though it seems the new attributes a prominent position to this procedure, many indicators point to an unsatisfactory regulation and application. For this reason, the thesis begins with a thorough analysis of its current configuration and it ends up proposing solutions of a deeper scope on how to understand the procedure of patrimonial liability of the public administration.

One of the ideas on which the procedure revolves is that the institution related to patrimonial liability of the administration is clearly versatile, and, by extension, its proceeding. Its diverse composition shakes the foundations of its characterization as a specialty of the common procedure. Furthermore, a cultural change is proposed regarding the processing of complex administrative procedures, such as the one being studied, enhancing the figure of the person who processes it. An improvement in the processing, such as the empowerment of the instructor, will improve the institution of patrimonial liability. However, that improvement will not come from singular changes, but it will be achieved by the union of several factors.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

| | |
|---------|--|
| AAP | Auto de la Audiencia Provincial |
| ADC | Anuario Derecho Civil |
| AEAT | Agencia Española de la Administración Tributaria |
| AGE | Administración General del Estado |
| AM | Archivos de Medicina |
| AN | Audiencia Nacional |
| AJCCA | Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CA | Comunidad Autónoma |
| CC | Código Civil |
| CDFUE | Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CDN | Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 |
| CDS | Consejo Superior de Deportes |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CED | Cuadernos Europeos de Deusto |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CEMCI | Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional |
| CEPC | Centro de Estudios Políticos y Constitucionales |
| CESCO | Revista CESCO de Derecho de Consumo |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CHG | Confederación Hidrográfica del Guadalquivir |
| CIJAUAM | Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid |
| CJACat | Comissió Jurídica Assessora de Catalunya |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores |
| CP | Código Penal |
| CTBG | Consejo de Transparencia y Buen Gobierno |
| DA | Documentación Administrativa |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |

| | |
|---------|---|
| DOUE | Diario Oficial de la Unión Europea |
| DS | Derecho y Salud |
| EACat | Estatuto de Autonomía de Cataluña |
| EBEP | Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público |
| EELL | Entidades Locales |
| FD | Fundamento de Derecho |
| GAIP | Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña |
| IEF | Instituto de Estudios Financieros |
| IEP | Instituto de Estudios Políticos |
| IDL-UAM | Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid |
| INAP | Instituto Nacional de Administración Pública |
| INSS | Instituto Nacional de la Seguridad Social |
| ITE | Inspección Técnica de Edificios |
| JCCA | Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo |
| LAJG | Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita |
| LBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local |
| LC | Ley 22/2013, de 9 de julio, Concursal |
| LCJA | Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña |
| LCS | Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro |
| LCSP | Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 |
| LD | Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte |
| LDOIA | Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| LECrím | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LEF | Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |

| | |
|------------|--|
| LIVA | Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido |
| LOCE | Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado |
| LOEX | Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social |
| LOFAGE | Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado |
| LOPD | Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales |
| LOPJ | Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial |
| LOPJM | Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor |
| LOTG | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional |
| LTBG | Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno |
| LPAC | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| LRAPDOID | Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación pública |
| LRJCA/LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LRJPAC | Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| LRJPACC | Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña |
| LRJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público |
| OCU | Organización de Consumidores y Usuarios |
| OMIA | Orden Ministerial de 6 de septiembre de 1984 por el que se regula la obligatoriedad del informe de alta |
| PIA | Plan Individual de Atención |
| QDL | Cuadernos de Derecho Local |

| | |
|----------|---|
| RAP | Revista de Administración Pública |
| RAAP | Revista Aragonesa de Administración Pública |
| RAndAP | Revista Andaluza de Administración Pública |
| RAE | Real Academia Española |
| RAEAERCS | Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro |
| RATPH | Rev. de Análisis Transnacional y Psicología Humanista |
| RBD | Revista de Bioética y Derecho |
| RCDP | Revista Catalana de Derecho Público |
| RCE | Revista Clínica Española |
| RDAF | Revista de Derecho Administrativo y Fiscal |
| RDUE | Revista de Derecho de la Unión Europea |
| REALA | Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica |
| REDA | Revista Española de Derecho Administrativo |
| REDD | Revista Española de Derecho Deportivo |
| REF | Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa |
| REFC | Revista Española de la Función Consultiva |
| REGAP | Revista Gallega de Administración Pública |
| RENFE | Red Nacional de Ferrocarriles Españoles |
| REP | Revista de Estudios Políticos |
| REVL | Revista de Estudios de la Vida Local |
| RFEB | Real Federación Española de Baloncesto |
| RFEF | Real Federación Española de Fútbol |
| RGDA | Revista General de Derecho Administrativo |
| RGPD | Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) |
| RJCL | Revista Jurídica de Castilla y León |
| RJCLM | Revista Jurídica de Castilla-La Mancha |
| RJN | Revista Jurídica de Navarra |
| RPAM | Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid |
| RPRP | Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial |

| | |
|-----------|---|
| RRCS | Revista de Responsabilidad Civil y Seguro |
| RVAP | Revista Vasca de Administración Pública |
| SAAD | Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TGUE | Tribunal General de la Unión Europea |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TRLAg | Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas |
| TRLCSP | Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público |
| TRLRCSCVM | 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 |
| TRLGSS | Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social |
| TRLSRU | Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana |
| UE | Unión Europea |

PRESENTACIÓN

La tesis que se presenta busca ahondar en el estudio del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, tomando como base la regulación que del mismo se contiene en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

Entre otras novedades, la Ley 39/2015 decidió incorporar en su articulado el tratamiento del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Más de ciento treinta años después, y cuatro leyes generales, la institución del procedimiento administrativo, llamada a poner freno a los vicios y arbitrios que desde siempre ha ido arrastrando la Administración en la toma de decisiones, ha venido a incorporar, pues, la regulación de un procedimiento específico destinado a dar cauce al resarcimiento de los daños causados a los particulares durante la vida de la diversificada actividad administrativa.

En sí mismo, el salto ha de ser destacado. Se abandona la vía reglamentaria para regular el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y se opta, en su lugar, por elevar el rango, realzando así el reconocimiento del papel central que el sistema de preservación de la indemnidad de los administrados está alcanzando en el siglo XXI como salvaguarda frente al ejercicio de las potestades públicas.

El legislador, en efecto, asigna al procedimiento de responsabilidad patrimonial una plaza cualificada: atribuye rango legal a los trámites propios de la responsabilidad patrimonial y los incorpora de manera salteada a lo largo de las distintas fases del procedimiento administrativo común, a la manera de preceptos especiales. Este hecho supone la singularización del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se distingue del común en más ocasiones de lo que pudiera parecer a simple vista.

Ahora bien, ¿ha sido suficiente esta “solidificación” legislativa para conseguir un funcionamiento armónico del procedimiento de responsabilidad patrimonial y, por extensión, de la responsabilidad patrimonial a la que sirve?

Pues bien, existen indicadores que nos señalan que la regulación o la aplicación de esta regulación no es del todo satisfactoria. A medida que vamos descendiendo en el análisis pormenorizada de todas las especialidades dispuestas, vemos que existen muchos aspectos que merecerían ser regulados y no lo han sido. De igual manera, entre las especialidades que sí se han regulado se localizan carencias significativas que revelan que no se ha tomado en consideración la profunda diversidad de la actuación administrativa que puede suponer la responsabilidad patrimonial o, sencillamente, que no se ha calibrado bien la singularidad misma de esta institución. De todo ello se dará cuenta de manera detallada a lo largo de esta tesis, incorporando no solo la crítica *de lege data*, sino también la propuesta de soluciones *de lege ferenda*, algunas de carácter técnico, otras, en cambio, de mayor profundidad en cuanto a la manera de comprender el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

Las señales perfiladas vienen acompañadas, asimismo, de otros vicios o factores que ya se encuentran cronificados en el actuar de la Administración Pública pero que afectan de una manera singular a los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial o cuyos efectos negativos se acentúan en este ámbito puesto que, en última instancia, no podemos olvidar que partimos de la existencia de una lesión y, por tanto, de una víctima. Es habitual oír que de poco sirve el procedimiento administrativo, que nunca se da la razón a los interesados y que al final no es más que un “calvario” obligatorio que se debe cursar para acudir a la vía contencioso-administrativa, siendo este último el lugar en el que verdaderamente se puede obtener una reparación efectiva. En la misma línea, se acusa a la vía administrativa de prestar poca atención a las circunstancias de cada caso, de ofrecer respuestas estereotipadas, tardías o, sencillamente, de no contestar.

Esta perspectiva me lleva a asumir este trabajo desde la base de tres ideas-fuerza que anuncio al lector.

La primera es la convicción de la relevancia del procedimiento administrativo, de su riqueza y de su versatilidad. Se trata de un estudio que no está agotado y siempre hay margen para seguir reflexionando. Una nota que se observará desde un buen comienzo será que no toda tramitación debe ser idéntica, algo que en materia de responsabilidad patrimonial no solo es un hecho, sino que la diversidad es una nota característica de su idiosincrasia procedimental. La multitud de variantes a los que el operador jurídico se puede enfrentar a la hora de enjuiciar las circunstancias de los asuntos se trasladan a la necesidad de proporcionar respuestas especiales de carácter adjetivo, procedimental. No es fácil imaginarse el acotamiento de la inseguridad jurídica en una materia tan holgada sin una destacada ampliación regulatoria.

Precisamente cabe advertir que la solución no pasa solamente por ahí. La regulación que se disponga, de *lege ferenda*, deberá pasar por ser más cualitativa que cuantitativa, desde la experiencia y desde la disposición de criterios de actuación, para finalizar determinando en quién se han de confiar dichos criterios. Y precisamente este “quien”, será casi más importante que la cantidad de normas aplicables. Atendiendo a unos criterios de estricto cambio de rumbo legislativo, tampoco se debe decir que la regulación actual es suficiente. Más bien al contrario, una materia con muchas disquisiciones necesita de muchos matices, que no pasan precisamente por incorporar a la ley de procedimiento administrativo común unas pocas especialidades. Sino que el procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial ha de pasar a ser un común en su materia y, a su vez, que incorpore especialidades propias del ámbito sectorial en el marco del cual se localice.

La segunda idea-fuerza que guía este trabajo es la consideración de que un buen procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial puede hacer mejor a la responsabilidad patrimonial. El objeto de la institución, en el fondo, es el de concebirse como una garantía para los ciudadanos ante la fuerza del poder público cuando su actuación les ha perjudicado. Dicho de otro modo, la responsabilidad patrimonial ha nacido con el fin de reparar los daños causados a las víctimas del funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, su papel trascendental a la hora de cumplir dichas finalidades pasa por asegurar la plena indemnidad de las víctimas. Una garantía que, necesariamente, ha de responder al conocimiento riguroso (y luego la mejora) de su proceso decisorio, que no es nada más y nada menos que el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Cuanto más fuerte sea la capacidad de raciocinio de la Administración (el procedimiento), más garantías existirán a la hora de afrontar la decisión final. Pero un buen procedimiento también cumple otras funciones no menos relevantes tales como la función preventiva de la mala gestión de los servicios. En el marco del procedimiento se va a materializar, en primer lugar, una fiscalización de la actuación administrativa, con independencia del resultado final. El proceso investigador en el que podríamos decir que se desenvuelve el procedimiento de responsabilidad patrimonial es todo un *control ad intra* de la organización administrativa cuando un servicio no ha funcionado como debiera, o lo ha hecho, pero en perjuicio de algún ciudadano. Su presencia se convierte en una puerta que se les abre a las víctimas no solo en atención a su resarcimiento propio, sino también en interés de poner en valor la capacidad de la Administración de autocuestionarse determinadas gestiones y de esta forma mejorar el entero funcionamiento de la máquina de poder administrativo.

Y la última idea-fuerza que se adopta en esta investigación pasa por interiorizar que un buen procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial no solo depende de la regulación en abstracto de su tramitación. Pero tenerla en cuenta es un

punto de partida importante. Existen también otros factores. La formación de los empleados públicos es uno de los elementos que se encuentran en la cúspide de esta pirámide. La única manera de dejar de percibir a la Administración como un sujeto inanimado alejado de la realidad social es invertir en la capacitación de su personal. Esta idea pasa por cambiar la *cultura de la instrucción* de los procedimientos, sobre todo, en lo que a los más complejos se refiere, como es el de responsabilidad patrimonial. Un cambio cultural de este calado no se hará sin un replanteamiento de la propia organización administrativa que se encamine hacia un modelo de especialización de sus trabajadores, lo que pasa, indudablemente, por una mayor destinación de recursos que, de buen seguro, será una inversión en la entera sociedad.

El procedimiento administrativo complejo no dejará de responder a necesidades casuísticas y, en muchas ocasiones, pioneras en su materia. Porque el hecho de abarcar una solución *ex post* a la mala gestión de todos los servicios públicos que es capaz de prestar la Administración sugiere un ejercicio menos parametrizable del procedimiento. Por tanto, no se trata de un ámbito en peligro de extinción por la incursión en este ámbito de las nuevas tecnologías, sino que, por el contrario, cabrá potenciar a través del fomento (legal y organizativo) del órgano instructor del procedimiento, en tanto que responsable de la tramitación administrativa y de todas aquellas decisiones de carácter procedimental que, en conjunto, van a informar la decisión final de carácter material. Se observa rápidamente que el instructor no solo toma decisiones *adjetivas*, sino que estas se justificarán en razón de la formación de la voluntad del órgano en torno a los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial, con lo cual, sería incorrecto afirmar que el órgano instructor es solo un impulsor de trámites. Es el órgano que va a controlar el ciclo procedimental y que sentará las bases de la decisión administrativa. Por este motivo, es necesario no tan solo reconocerle esta función que en la práctica ya desarrolla desde hace mucho tiempo, sino que debe tenerse en cuenta este aspecto a la hora de revisar el entero marco normativo de tan destacado procedimiento.

Lleida, 21 de noviembre de 2019

INTRODUCCIÓN

EL ENCAJE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL LLAMADO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La nueva estructuración procedimental regulada en la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC) requiere de un alto esfuerzo imaginativo para adaptar los elementos propios de un procedimiento de naturaleza indemnizatoria a las normas del procedimiento común.

Como es sabido, el procedimiento común engloba los criterios normativos que constituyen una estructura general del *iter* procedimental, como paso previo a la toma de decisiones por parte de las administraciones públicas, decisiones que, en conjunto, conforman la actividad jurídica de la Administración¹. Pero dejando de lado las múltiples descripciones que los autores han ido realizando sobre el procedimiento administrativo común al largo de la última mitad de siglo, cabe destacar que el aspecto de más calado a retener no es otro que la finalidad que se quiere dar a través del término “*común*”,

¹ A ello se refería Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»”, Revista de Administración Pública (RAP), núm. 131, mayo-agosto, 1993, pág. 20. Con un sucinto recordatorio de lo clarificado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 227/1988 de 29 de noviembre de 1988, y la referencia a Francisco LÓPEZ MENUDO, que definía el procedimiento administrativo común como aquel espacio comprensor de “las cuestiones *verdaderamente nucleares* al servicio del establecimiento de un común denominador normativo”.

que no es otro que el siguiente: el establecimiento de una tramitación de mínimos para formar la voluntad administrativa.

Y es que este cauce ordenado de actuaciones que preceden a la adopción de una resolución final –como diría CIERCO SEIRA²– en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, regulado en los textos legales sucesorios de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), sigue caracterizándose por su escasez regulatoria. En contra de la opinión doctrinal más autorizada y del propio Consejo de Estado, el legislador siguió adelante con la división, en dos títulos distintos, de los puntos cardinales contenidos en el art. 194.1.18º de la Constitución Española, esto es: de un lado, las bases del régimen jurídico; y de otro, el procedimiento administrativo común³. Incluso fue LÓPEZ MENUDO el que –hace más de dos décadas– en lo que vendría a ser una especie de crítica premonitoria, puso de manifiesto que la competencia exclusiva estatal radicada en el art. 149.1.18º CE difícilmente podía ser entendida por separado⁴. Esto supone un paso hacia atrás, en cuanto a funcionalidad, por retroceder en el tiempo al sistema de *doble consulta* –como mínimo– de dos textos normativos distintos, como ya se hacía el siglo pasado a través de la Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado y la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento administrativo. Y digo como mínimo porque no se debe olvidar la incidencia que, en el

² César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pág. 31. De similar modo lo recuerda el Tribunal Constitucional –en lo que puede considerarse como un repaso a su doctrina predecesora– en su Sentencia núm. 130/2013, de 4 de junio de 2013.

³ Por encima de todo, son significativos los demoleedores Dictámenes del Consejo de Estado con núm. 275/2015, de 29 de abril de 2015 y núm. 274/2015, de 29 de abril de 2015, con ocasión del anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. El segundo de los citados hace hincapié en que no se debió separar en dos textos normativos distintos el procedimiento de responsabilidad patrimonial ya que se trata de una materia en la que se entremezclan aspectos orgánicos, sustantivos y procedimentales.

⁴ Francisco LÓPEZ MENUDO, “Naturaleza y significación general de la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993, pág. 20. Por aquél entonces se acababa de aprobar la recién derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, formada por los dos títulos jurídicos que las nuevas Leyes del año 2015 han venido a dividir en dos textos legales distintos. Incluso a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992”, *RAP*, núm. 130, enero-abril, 1993, le pareció considerable la justificación de la LRJPAC –que consistía en desarrollar y concretar las materias objeto de su largo título–, sin perjuicio de no se hayan conseguido alcanzar esas metas.

En la actualidad, y a modo de botón de muestra, véase la crítica que la doctrina ha dispensado a esta división en Eduardo GAMERO CASADO, “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en la obra colectiva dirigida por él mismo y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 172 a 176.

tema que nos ocupa, tuvo para la constitución de esta institución la aún vigente Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF)⁵.

Además, no resulta coherente a mi entender el hecho de que una institución jurídicamente tan relevante, de peso y constitucionalizada, como es la responsabilidad patrimonial de la Administración, esté contrastada por un escaso peso procedimental, implicando ello la inmersión forzosa, tanto de los administrados como de los operadores jurídicos, en un escenario empobrecido normativamente y con significativa dosis de inseguridad jurídica⁶.

Para poner de manifiesto la relevancia de esta institución del Derecho Administrativo, desde un punto de vista jurídico-teórico, se debe acudir, en primer lugar, a la *norma normarum*. El artículo 106.2 de la CE prevé que “[l]os 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”. Al igual que puso de manifiesto MARTÍN REBOLLO, este artículo elevó a su máximo rango normativo la figura de la responsabilidad patrimonial, mientras que la jurisprudencia calificaba la institución como “una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho”⁷. Reflejo de ese papel medular de la responsabilidad patrimonial en nuestro sistema administrativo es precisamente el artículo 149.1.18º CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular de manera expresa “el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”. Conforme a este artículo, el Estado tendrá competencia exclusiva en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, además, en las siguientes materias: en primer lugar, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios; en segundo lugar, el procedimiento administrativo común; en tercer

⁵ María Jesús MONTORO CHINER, “La responsabilidad de las administraciones públicas en la ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993, pág. 37, decía que estos textos normativos habían producido una codificación –aunque tan dispersa como hoy en día– de la institución de la responsabilidad. Hablaba, por tanto, de una institucionalización incluso antes de ser consagrada en la Constitución de 1978.

⁶ Sobre la necesidad de un cambio radical en materia de la responsabilidad patrimonial de la Administración véase, a modo de ejemplo, Oriol MIR PUIGPELAT, “Veinte años no es nada: la oportunidad perdida con la nueva Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común”, en la obra coordinada por Joaquín TORNOS MAS, *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 59. Por su parte, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en la obra colectiva dirigida por Clara VELASCO RICO, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 11 y 12, destaca la confusión que el legislador tiene sobre los procedimientos sancionadores y de responsabilidad patrimonial a causa de su regulación como mero complemento al procedimiento administrativo común.

⁷ Luis MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa (DA)*, núms. 237-238, 1994, pág. 31.

lugar, la legislación sobre expropiación forzosa; y, en cuarto lugar y por último, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

A pesar de la competencia exclusiva del Estado para regular dichas figuras, se puede apreciar *ab initio* la gran diferencia que radica entre el sistema de responsabilidad patrimonial y las demás materias contenidas en el artículo 149.1.18º de la CE: todos los demás títulos están regulados en, como mínimo, una ley propia, mientras que los presupuestos de la responsabilidad patrimonial se encuentran regulados en tan solo seis artículos de la Ley que regula el régimen jurídico del sector público⁸. Por no hablar del procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial que ha sido considerado por el legislador *como una mera especialidad del procedimiento común*.

Ante ello considero indispensable especificar que no es lo mismo un procedimiento especial –tal y como estaba regulado en la anterior LRJPAC en conjunto con el derogado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP)– que varias especialidades de tramitación del procedimiento común, según como lo configura la actual LPAC.

Y es que, como decía GONZÁLEZ NAVARRO, “un principio irrenunciable en toda reforma –legal o del tipo que fuere– planteada con seriedad es el de la coherencia, que obliga, entre otras cosas, a poner sumo cuidado en el manejo de los conceptos y, consecuentemente, de las palabras que expresan aquéllos”⁹. En consecuencia, este autor consideraba como procedimiento especial aquellas diferenciaciones en la realización de uno o varios trámites con tanta repercusión como para alterar la estructura del procedimiento formalizado utilizable (en referencia al procedimiento *general o común*). Teniendo en cuenta la época en la que escribió dicha teoría, me permito adaptarla a la línea argumentativa que vengo sosteniendo. Y es que el procedimiento especial podría considerarse como aquel procedimiento que, a lo largo de su tramitación, incorpora significativas diferencias respecto del común, como para poderlo considerar particular de la materia sustantiva del que es objeto. Por este hecho,

⁸ Por el orden antes descrito, veamos todas las leyes que desarrollan los títulos del art. 149.1.18º. En primer lugar, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas están reguladas en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). En segundo lugar, las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones están reguladas en el también nuevo Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). En tercer lugar, el procedimiento administrativo común, queda desarrollado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En cuarto lugar, la expropiación forzosa se regula Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Y, en cuarto lugar, y, por último, la figura de la contratación administrativa se desarrolla ampliamente por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

⁹ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, Revista de Estudios de la Vida Local (REVL), núm. 211, 1981, pág. 414.

considero, siguiendo la opinión de DÍEZ SÁNCHEZ, con la finalidad de frenar el incremento de la inseguridad jurídica, que lo adecuado sería excluir los procedimientos especiales de una Ley que pretenda marcar las reglas de un procedimiento común¹⁰. Pero, lejos de ello, la reforma de la legislación del procedimiento común, en mi opinión y, como se dirá, ha supuesto, por usar una imagen, un salto de la sartén para caer en la lumbre.

La cuestión es que con actuaciones como la incorporación absoluta –que no completa– del procedimiento de responsabilidad patrimonial en la LPAC y la consiguiente derogación del RPRP, se ha evitado legislativamente que este procedimiento mantuviera la categoría de procedimiento especial en sentido estricto. Así se pone de manifiesto por la propia Exposición de Motivos de la LPAC al situar en el pasado los anteriores procedimientos en materia sancionadora y de responsabilidad patrimonial como especiales, otorgándoles ahora un nuevo *status* llamado “especialidades del procedimiento administrativo común”¹¹. Todo ello, aunque con el bien intencionado objetivo de “aumentar la seguridad jurídica”, ha supuesto la rebaja del procedimiento de responsabilidad patrimonial especial a aquello que GONZÁLEZ NAVARRO conceptuaba como “simples especialidades de tramitación” del procedimiento administrativo común¹².

Como he venido sosteniendo, y en relación también con la antigua opinión de LÓPEZ MENUDO y la reciente crítica del Consejo de Estado del anteproyecto de la LPC, si nos movemos, estrictamente, en el pantanoso terreno del procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, debería apartarse esta angular materia de la regulación *general* del procedimiento de la actividad administrativa, o de todas las Administraciones Públicas¹³. No considero correcto que

¹⁰ Considero acertado lo argumentado ya hace tiempo por parte de Juan José DÍEZ SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 47, interpretándolo ampliamente para el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Señalaba, en referencia a los procedimientos especiales –para la elaboración de disposiciones de carácter general, sancionador y de reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales– que regulaba la antigua Ley de 17 de julio de 1958, de procedimiento administrativo, lo siguiente: “[d]e *lege ferenda* es deseable excluir de una Ley de procedimiento que pretenda regular el procedimiento marco o común para todas las actividades administrativas, e incluso para todas las Administraciones públicas, cualesquiera procedimientos especiales, cuando éstos, como es el caso de los reseñados, difieren con tanta claridad de aquél. La articulación de la LPA –al margen de otros aspectos que aquí no se comentan– dista mucho de ser un texto coherente por estas razones”.

¹¹ El apartado V de la Exposición de Motivos de la LPAC dice claramente que “[e]l título IV, de disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, se estructura en siete capítulos y entre sus principales novedades destaca que los anteriores procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regulaba en títulos separados, ahora se han integrado como especialidades del procedimiento administrativo común”. En este sentido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, decimocuarta edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015, pág. 433, hablan de “reglas especiales” que no dan una total regulación al procedimiento para la declaración de responsabilidad patrimonial.

¹² Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común ...”, *op. cit.*, págs. 419 y siguientes.

¹³ Juan José DÍEZ SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *loc. cit.*

un procedimiento o, siendo más conveniente hablar en sentido amplio, una materia, con tanta repercusión deba elaborarse sin parar mientes en la trascendencia institucional del mismo. Y es que la plasmación legal de la responsabilidad de los poderes públicos ha sido tradicionalmente criticada por la *pasividad regulatoria*, tanto por razón de la normativa de carácter adjetivo como por razón de carácter sustantivo, constituyéndose este último aspecto como otro gran frente abierto de la doctrina contra el legislador.

En este último sentido, es referente MIR PUIGPELAT –desarrollando una crítica que años atrás formulaba el ilustre civilista PANTALEÓN PRIETO–, que puso de relieve la gran problemática relativa al instituto de la responsabilidad patrimonial, que pese a la derogación de la LRJPAC y el nacimiento de las dos nuevas leyes del año 2015, supone que el sistema de responsabilidad patrimonial seguirá inmerso en el ya tradicional antagonismo interpretativo producido a raíz de la ambigüedad de sus rasgos –sustantivos– más esenciales¹⁴. Conviene recuperar aquí, brevemente, las principales claves de la crítica doctrina ya que los vínculos entre los aspectos adjetivos y los sustantivos estarán en permanente roce y, del mismo modo, sucederá con los elementos problemáticos de dichos aspectos. Siguiendo el guion argumentativo de MIR PUIGPELAT, cabe hablar de tres ideas secuenciales y fundamentales: en primer lugar, la idea de la desproporcionada amplitud como consecuencia de tener una responsabilidad objetiva global distante de la idea de culpa o negligencia, ya que serán indemnizables tanto los daños procedentes del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, lo que no deja de estar conectado con la segunda idea; la generalidad e indeterminación normativa, que pone en tela de juicio los elementos más característicos de la institución, dejando un amplio margen –a causa de su heterogeneidad– a la interpretación jurisprudencial y doctrinal; cuestión que también se enlaza con la tercera crítica, que es la uniformidad u homogeneidad de los preceptos que forman parte de

¹⁴ Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002. Posteriormente escribió sobre los muchos problemas regulatorios concretos, bajo una modalidad de *lege ferenda* en su artículo “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración” en la obra coordinada por Joaquín ORTIZ BLASCO y Petra MAHILLO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, págs. 33 y ss. La teoría formada por MIR PUIGPELAT en la primera obra citada se inspira en una idea formulada por Fernando PANTALEÓN PRIETO “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *DA*, núm. 237-238, 1994, págs. 239 y ss. Y resulta que el ilustre civilista formalizó una contundente crítica dirigida contra el planteamiento de la aplicación de la literalidad legal del entonces artículo 139.1 de la LRJPAC que –de igual modo que hace la actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)– configuraba la responsabilidad patrimonial como objetiva de la siguiente manera: “[l]os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

este régimen jurídico por la inadaptación del sistema de responsabilidad patrimonial a la compleja y dispar realidad administrativa.

Una postura distinta sobre el carácter –objetivo o subjetivo– de la responsabilidad sostiene MEDINA ALCOZ¹⁵, que no considera el régimen de responsabilidad patrimonial como objetivo ni que la culpa haya de ser un elemento troncal del mismo. La razón que aduce es que, la entonces LRJPAC, y ahora LRJSP, prevé una cláusula general de responsabilidad administrativa que necesariamente tendría que ser moldeada a partir de varios criterios de imputación, entre ellos la culpa. Solución esta, que no desencaja con el genérico criterio de la doctrina ni de la jurisprudencia sobre cómo resolver el problema de la cláusula general de la responsabilidad debido a su gran alcance¹⁶. Sin embargo, aunque sea este último un debate nuclear del régimen sustantivo de la materia objeto de análisis, no es un asunto que a nivel de tramitación vaya a conllevar más problemática. Es la generalidad e indeterminación normativa, de un lado, y la uniformidad u homogeneidad, de otro, los aspectos que van a tener un expresivo desenlace en el ámbito procedimental de la responsabilidad patrimonial a causa de la pobreza regulatoria de la institución en general, y del procedimiento, que se prevé como una mera especialidad del general, en particular. Y es así en tanto en cuanto los aspectos procedimentales van a tener que convivir o, mejor dicho, ser consecuencia, de la

¹⁵ LUIS MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, págs. 267-268.

¹⁶ A grandes rasgos estamos hablando de la ya vieja problemática sobre qué papel debe tener la *culpa* en el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Como es generalmente sabido, la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (TS), en relación con este asunto, tiende a subjetivizar el sistema de responsabilidad patrimonial, incorporando el principio de culpabilidad a través del elemento de antijuridicidad que el art. 32.1 de la LRJSP requiere. Especialmente didáctica sobre estos aspectos, en ámbito de responsabilidad patrimonial sanitaria, es la reciente sentencia del TSJ de Castilla y León de 15 de septiembre de 2015 (ROJ 4152/2015). La misma, primero de todo, basándose en jurisprudencia del TS, indica que “la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial” y *a posteriori* proclama que “[e]stamos pues ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también de la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de la demostración de la infracción del criterio de normalidad, debiendo no obstante recordarse la denominada doctrina del daño desproporcionado como conformadora de la responsabilidad patrimonial (SSTS de 20 de junio de 2006 o de 6 de febrero y 10 de julio de 2007) (...)”. La doctrina del daño desproporcionado es aquella relativa a las actuaciones médicas que producen un resultado *anormal*, inhabitualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos propios de una determinada intervención. Las SSTS de la Sala de lo Civil de 23 de octubre de 2008 (ROJ 5371/2008) y de 8 de julio de 2009 (ROJ 4673/2009) lo califican hasta de daño “clamoroso”. La misma retórica que la STSJ de Castilla y León utilizan, entre otras, las SSTS de 10 de julio de 2012 (ROJ 4724/2012) o de 11 de abril de 2014 (ROJ 1638/2014).

aplicación práctica de los aspectos sustantivos regulados en la actual LRJSP, que no dista de la regulación contenida en la derogada LRJPAC¹⁷.

Si a la LRJPAC me refiero con la finalidad de justificar la abstracción regulatoria en las actuales LPC y LRJSP, debo enlazarlo con el tipo regulatorio contenido en aquélla, y compararlo, aunque sea de forma muy breve en este momento, necesariamente con lo vigente a día de hoy. En efecto, la anterior ley contenía cuestiones sustantivas y procedimentales de la institución de la responsabilidad patrimonial, para los artículos regulados en la misma. Y aunque el entonces procedimiento especial se desarrollaba por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), en convergencia con el artículo 142 de la LRJPAC, ahora, la nueva LPAC configura el procedimiento de responsabilidad patrimonial como un procedimiento común con especialidades de tramitación previstas en sus arts. 61, 67, 81, 91, 92 y 96, si bien se trata de una regulación parcial¹⁸ y que reduce aún más la incompleta regulación que ya desarrollaba el anterior RPRP.

¹⁷ Es apreciable a simple vista que la reforma de la organización y funcionamiento de las Administraciones, que deja atrás la LRJPAC, es heredera pura y simple, en lo que se refiere a sus presupuestos más esenciales, del anterior sistema de responsabilidad patrimonial. Así lo sostiene, a modo de ejemplo, José ESTEVE PARDO, *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 297, al considerar que “esta Ley (en referencia a la LRJSP) deroga así en esta materia a la LPC aunque existe una clara continuidad en los contenidos, manteniéndose inalterados los preceptos más importantes”. En el mismo sentido Rafael PIZARRO NEVADO, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en la obra dirigida por Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, pág. 102.

¹⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 433.

Capítulo 1. Los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Una de las cuestiones esenciales, ya no del procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino de cualquier procedimiento administrativo, reside en quién puede actuar ante la Administración y en qué condiciones o posición. Estas preguntas se deben contestar a través de la comprobación de si los sujetos actuantes ostentan varios requisitos que les permitan dicha actuación. Los citados requisitos son, a grandes rasgos, la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, la representación (potestativa) y la legitimación del reclamante de responsabilidad patrimonial. Una vez halladas las respuestas a dichas preguntas o, más bien dicho, analizados estos conceptos, se va a poder determinar con garantías quién puede formar parte del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial –y en qué posición–, en qué condiciones, y cómo puede dicha posición afectar a un hipotético proceso judicial.

El objeto de este epígrafe, por tanto, –como paso previo, pero absolutamente necesario, a lo que podría llamarse estrictamente *iniciación* del procedimiento¹⁹– es averiguar quiénes pueden hacer efectivo, por medio de la reclamación y consecuente

¹⁹ Como expuso Luis MARTÍN REBOLLO, “Medios procesales de efectividad de la responsabilidad civil de la Administración (Los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la responsabilidad)”, en la obra colectiva coordinada por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y Antonio CALONGE VELÁZQUEZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 234, “si al final lo decisivo es debatir y saber quién paga, en qué supuestos paga y cuánto se paga (es decir, cuándo la Administración es considerada responsable y cuánto debe indemnizar) no es menos determinante saber cómo se puede lograr que la Administración responda y qué tribunales pueden en cada caso condenarla a indemnizar”. Añado, en la misma línea, que el *cómo* responde a varias etapas, de las que es pionera la *iniciación* del procedimiento de responsabilidad patrimonial en el sentido de tener que responder a la pregunta de *quién* puede iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial en vía administrativa desde una perspectiva estrictamente procedimental, sin perjuicio de la influencia procesal que tendrá.

participación en el procedimiento administrativo, el derecho a indemnización comprendido en el Capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP. Este derecho le corresponderá a “*los particulares*” que sufran alguna lesión en cualquiera de sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, según el dictado del artículo 32 de esta Ley. Por tanto, son *a priori* ellos los que pueden iniciar el procedimiento de responsabilidad.

Parece una evidencia el hecho de que estos *particulares* –concepto de derecho substantivo de aquéllos que sufren una lesión– deberían coincidir con los interesados – concepto de derecho adjetivo procedimental– a los que se refiere el artículo 54 de la LPAC al concretar las formas de iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, a saber: de oficio o a solicitud del interesado. En consecuencia, con la finalidad de conocer los sujetos que pueden reclamar en vía administrativa, y en qué condiciones, será necesario adentrarnos, aunque de manera sucinta, en el estudio de los interesados en el procedimiento administrativo general del Capítulo I del Título I de la LPAC.

No cabe perder de vista que el procedimiento administrativo para reclamar responsabilidad es un presupuesto procesal para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como figura en el art. 2 de la LJCA, al condicionar la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo al agotamiento de la vía administrativa previa²⁰. En este sentido sostiene REBOLLO PUIG, con una coherencia innegable, que “la cuestión de quién puede presentar la reclamación administrativa previa condiciona y está condicionada por la de quién podrá interponer el posterior recurso contencioso-administrativo. Y ello obliga a tomar en consideración las reglas procesales sobre las partes, por lo menos para no hacer más estrecho este cauce previo que el que después permitirá el acceso a la verdadera garantía de la tutela judicial”²¹.

Lo anterior se explica a partir de la influencia que las normas de Derecho procesal ejercen sobre el procedimiento administrativo, a pesar de que técnicamente se trate de instituciones distintas²². Pero no debe olvidarse que el procedimiento administrativo

²⁰ Con cierto detenimiento lo explica Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El procedimiento administrativo como presupuesto del proceso administrativo”, en la obra colectiva, *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2001 págs. 49-70.

²¹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)*, núm. 16, julio-diciembre, 2011, pág. 52. Este trabajo representa una verdadera fuente de inspiración adherida al tema tratado en el presente epígrafe.

²² No se debe pensar, por ello, que procedimiento y proceso sean lo mismo. Ya que más allá de la naturaleza teleológica de cada uno, las finalidades, y el grado de *flexibilidad* o *elasticidad* que caracteriza al primero, en contraposición con la *rigidez* estructural del segundo, hace que se deba distinguir claramente entre uno y otro, así como bien explica César CIERCO SEIRA en *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 45-52. En el mismo sentido se expresan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 445-446, al sostener, en base a las aportaciones de MERKL, que “[e]ntre

surgió a influjos del procedimiento judicial²³, o más bien llamado *proceso*. Sin entrar en debates conceptuales sobre las diferencias entre ambas disciplinas, sí cabe recordar, en la línea de ROYO VILLANOVA, que, pese a las evidentes diferencias entre ambas, la función administrativa comparte la estructuración análoga al proceso judicial²⁴. Y es que también existe un *proceso administrativo*, porque también hay una serie o sucesión de actos que tienden a una actuación de la ley solicitada o pedida, también hay una reclamación –lo equivalente a la demanda–, escrito de alegaciones, aplicación de la ley, decisión final, etc.

Otro de los ejemplos expuestos por el citado autor atañe precisamente al tema de estudio del presente epígrafe, esto es, la consideración jurídica de las partes (en el proceso y en el procedimiento): en referencia a temas de capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, o incluso, postulación. Ello es compatible con lo que defendía más recientemente REBOLLO PUIG en el estudio antes citado, a causa de la obligación, que el autor manifestaba subsistir, vinculada con la toma en consideración de las reglas procesales sobre las partes, en coherencia total con el papel de cauce previo del procedimiento de responsabilidad que inequívocamente tendrá consecuencias en la fase ulterior, esto es, la contencioso-administrativa²⁵.

Las esgrimidas consecuencias pueden jugar a favor o en contra de todas las partes del procedimiento, ya sea la propia Administración, el interesado principal o terceros sujetos que pudieren personarse o ser emplazados en el procedimiento por tener algún interés en el mismo²⁶. En cuanto a la Administración, es habitual que se le penalice en

proceso judicial y proceso administrativo existen sí semejanzas indudables, dada la pertenencia de ambas instituciones a un tronco común, pero hay, también, profundas diferencias como consecuencia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan”. Aun así, sostienen que dicha perspectiva debe ser matizada en tanto en cuanto el procedimiento administrativo se erige como una sucesión de garantías de los derechos individuales, que, pese a no tener la fuerza de las garantías judiciales, ha quedado patente el servicio prestado a la comunidad por aquéllas.

²³ Como hace muchos años recordaba Segismundo ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, *Revista de Estudios Políticos (REP)*, núm. 48, 1949, págs. 63 y siguientes o, más recientemente Javier BARNES, “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Derecho PUCP*, núm. 67, 2011, págs. 80 y ss.

²⁴ Segismundo ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo...” *op. cit.*, págs. 55 y ss.

²⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *loc. cit.*

²⁶ Es habitual que estos terceros interesados sean los contratistas o aseguradoras de las Administraciones, en la línea marcada por los apartados b) y c) del artículo 21 de la LJCA. Sin embargo, la *teoría del tercero* puede dar para mucho, y aunque no existe una plena elaboración, debe concretarse que el abanico de sujetos podría ser mucho más amplio. Ello se debe a la posición de garante que la Administración está tomando, cada vez más, con la evolución de los tiempos, y su consecuente efecto, que no es otro que el desplazamiento de la prestación material de los servicios públicos hacia otros sujetos, normalmente privados, aunque la titularidad y organización sigan siendo atribuciones puramente públicas. En este sentido véase, a modo ejemplificativo, los trabajos siguientes de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. IV, Lustel, Madrid, 2011, pág. 499 y siguientes, o José ESTEVE PARDO, “La administración garante. Una aproximación”, *RAP*, núm. 197, mayo-agosto, 2015. Este hecho, junto con la teoría de la pluricausalidad –esto es: que se puede hacer responder a la administración aun por hechos de terceros sujetos (no necesariamente contratistas) “la

vía contencioso-administrativa por los defectos de tramitación causados al interesado durante el procedimiento administrativo previo, o incluso por las meras omisiones que en este puedan ocasionarse.

Referente a esta última situación, como botón de muestra, el TS viene denegando a la Administración la interposición en vía judicial de aquellas excepciones procesales que, aun habiéndolas podido prever en el procedimiento administrativo previo, no lo ha hecho. Es ejemplo de ello la STS de 3 de febrero de 2016 en la que se le recordaba a la Abogacía del Estado la imposibilidad de alegar en vía jurisdiccional una falta de legitimación avalada en vía administrativa, interpretación judicial que se caracteriza por ser doctrina jurisprudencial pacífica (*venire contra factum proprium non valet*)²⁷.

Pero muy a pesar del principio *in dubio pro actione*²⁸, la verdad es que en un gran número de ocasiones también los reclamantes de la indemnización vienen sufriendo las consecuencias, en la ulterior fase judicial, por incumplimientos perpetuados durante la vía administrativa previa. En este orden de consideraciones, dado que nos ubicamos en sede de iniciación del procedimiento, es menester indicar uno de los puntos neurálgicos, en cuanto a conflictividad, de la mencionada fase procedimental. Resulta usual que la justicia inadmita recursos de responsabilidad patrimonial formulados tras una mala medición de la estrategia a emprender durante la senda administrativa. En efecto, la denegación de la tutela judicial por haber fluido el plazo de prescripción para ejercer la acción es todo un tópico de este terreno. Sin perjuicio de que este tema será objeto de

causalidad puede aparecer no sólo bajo formas directas e intermedias, sino también mediatas, indirectas o concurrentes”, tal y como ha estipulado, entre muchas otras, la STS de 7 de febrero de 2012 (ROJ 663/2012)–, se pueden dar situaciones de lo más curiosas, cuestión sobre la que hablaré más adelante.

²⁷ Se trata de la STS de 3 de febrero de 2016 (ROJ 244/2016), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina, que señalaba lo siguiente: “[e]s evidente que ya el recurso de alzada se interpuso por D. Millán, actuando como administrador único de la mercantil Importaciones Vidal, S.L., sin que en ningún momento se cuestionase la legitimación de dicho administrador para interponer dicho recurso, por lo que resulta improcedente cuestionar en la vía jurisdiccional la falta de legitimación que se dio por buena en la vía administrativa (...)”. Y digo que ésta es una cuestión pacífica ya que el TS no duda en recordarlo cada vez que se le presenta la ocasión, y por citar algunos ejemplos más debo referirme a la STS de 9 de enero de 2014 (ROJ 18/2014), Ponente: José Antonio Montero Fernández; o a la STS de 29 de febrero de 2012 (ROJ 1257/2012), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

²⁸ Como veremos, este principio trae consigo la potenciación de las garantías del interesado en el ejercicio de la acción ante los Juzgados y Tribunales. O, en el sentido que señala Juan PEMÁN GAVÍN, “Algunas manifestaciones del principio «pro actione» en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Derecho a la tutela judicial efectiva y acceso al fondo de las cuestiones planteadas por los recurrentes”, RAP, núm. 104, mayo-agosto, 1984, págs. 250 y ss., este principio supone la relajación de las formalidades procesales en *pro* –nunca mejor dicho– del favorecimiento de la tutela judicial efectiva del reclamante. Sin embargo, no debe soslayarse la crítica realizada por César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 109 a 119, ante las grietas abiertas por el Tribunal Constitucional –en la sentencia de 7 de febrero núm. 37/1995– en el principio *pro actione* durante la década de los 90. En mi opinión, esta fractura ha supuesto el fortalecimiento del formalismo procedimental, punto de inflexión que encuentra una profunda repercusión en las vías que se han de seguir para exigir responsabilidad patrimonial a la administración.

análisis en profundidad a lo largo del presente capítulo, considero compatible citar a modo ejemplificativo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011²⁹.

En esta resolución es avalada por el máximo tribunal la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas. La cuestión que me interesa resaltar radica en la discusión sobre la extemporaneidad de la reclamación, en tanto en cuanto, y de forma resumida, se le reprocha al interesado el no haber interpuesto correctamente en vía administrativa dicha reclamación. En efecto, los hechos sucedidos son marcados por el intento, por parte del interesado, de interrumpir el plazo de prescripción mediante burofax, instrumento que más adelante –en vía judicial– quiso hacer valer como solicitud de iniciación del procedimiento. El Tribunal Supremo, sin embargo, le recordó que dicho burofax no cumplía con los requisitos que el artículo 70 de la entonces vigente LRJPAC y demás normativa procedimental aplicable exigían, como no podía ser de otro modo, constituía una causa de inadmisión indudable para el momento en que se intentara iniciar extemporáneamente el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Esta situación recuerda de la importancia que tienen los requisitos formales.

En conclusión, tanto aquella situación en que la omisión o la mera inobservancia de las *formalidades* del procedimiento administrativo es cometida por la propia Administración, como aquélla que se perpetra por parte del reclamante o terceros interesados, pueden devenir en verdaderos presupuestos procesales para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁰. Este hecho se enlaza también con el viejo debate doctrinal sobre la necesidad o no de la vía administrativa previa³¹ y el efecto que esta pueda tener sobre el futuro *proceso*, que no es vano.

II. LA POSICIÓN DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El Capítulo I del Título I de la LPAC regula el concepto del *interesado* en el procedimiento administrativo. Más en concreto, el artículo 4.1 ordena dos grupos de interesados de la misma forma que ya lo hacía la derogada LRJPAC, según se trate de promotores –dicho de otra manera, aquéllos que tienen la facultad de iniciar el procedimiento– o bien de intervinientes –aquéllos que tienen la facultad de personarse o intervenir en el procedimiento una vez ya se encuentra iniciado–. Ambos grupos,

²⁹ STS de 2 de marzo de 2011 (ROJ 857/2011), Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

³⁰ Tal y como sostuvo Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *loc. cit.*

³¹ Un resumen muy completo del debate apuntado se encuentra en el artículo escrito por Joaquín TORNOS MAS, “Vía previa y garantías de los administrados”, en la obra colectiva coordinada por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993, págs. 647-658.

genéricos, tienen como requisito común para su legitimación el que sean titulares de derechos o intereses legítimos, pudiéndose tratar, en este último caso, tanto de intereses colectivos como individuales.

Sin embargo, desde el punto de vista de la regulación del instituto de la responsabilidad civil administrativa, la normativa general del interesado debe adecuarse a la específica de la materia. Así, el marco legal angular de los principios de la responsabilidad de los poderes públicos previsto en el artículo 32 de la LRJSP, habla de *los particulares* como sujetos que tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones, siguiendo la ruta marcada por el artículo 103.2 de la Constitución. Y más concretamente, reclamarán daños y perjuicios a la Administración aquellos particulares que hayan sufrido todo tipo de lesión en cualesquiera de sus bienes o derechos.

Cuando este *particular* actúa como sujeto reclamante por daños en el procedimiento administrativo, adquiere como categoría formal la genérica de *interesado*, en aras de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC. Pero, simultáneamente, adquiere también la categoría propia del derecho subjetivo o interés legítimo que pretende hacer valer en el procedimiento, es decir, la de *lesionado, sucesor del mismo, tercero responsable, etc.*, según la naturaleza y circunstancias que inspiren el concreto procedimiento y la posición que en él ocupe³². Aun barajándose hipotéticas posiciones de lo más diversas desde una perspectiva sustantiva, desde el punto de vista de procedimiento, en tanto que formalismo genérico, el administrado reclamante no deja de ser un *interesado*. Concepto, este último, nuclear, en torno al cual gira la facultad de determinar qué sujetos podrán actuar en el procedimiento administrativo, y que se encuentra íntimamente vinculado al *legitimado*, más propio del proceso contencioso-administrativo³³.

Antes de adentrarme en el apasionante mundo de la noción estricta del interesado y sus conceptos allegados, en primer lugar, debo hacer referencia a aquellas condiciones previas que deben reunir los interesados. Es decir, quiénes tienen capacidad para actuar en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por sí solos, o, por el contrario, quiénes deben estar representados por algún otro sujeto. Y, en segundo

³² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 605, explican que puede haber multitud de tipos concretos de administrados (o, lo que es lo mismo, particulares), según el ámbito administrativo substantivo en el que se hallen, surgiendo así conceptos como “el contribuyente, el expropiado, el contratista de obras públicas, el concesionario, etc.” o, me permito añadir, el lesionado. En el mismo sentido, y en conexión con la capacidad jurídica, lo señalaba Segismundo ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo...”, *op. cit.*, pág. 79.

³³ Véase el epígrafe V de este capítulo.

lugar, quiénes pueden estar representados en esta vía, aunque ellos mismos gocen de suficiente capacidad para actuar ante las Administraciones Públicas.

III. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA DEMOSTRACIÓN DE VOLUNTAD ANTE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La nueva LPAC, en su artículo 3, enfila la regulación de los sujetos que tendrán capacidad de obrar administrativa, o, dicho de otra manera, capacidad para actuar ante las Administraciones Públicas con la finalidad de reclamar por daños y perjuicios. Sin embargo, debe tratarse como asunto previo a la capacidad de obrar la llamada *capacidad jurídica* –concepto del que ha prescindido, una vez más, la nueva ley de procedimiento administrativo común–, es decir, la capacidad para ser titular de derechos, que es un concepto amplio y análogo al utilizado por el Derecho Civil, sobre el que, por el contrario de lo que pudiera parecer, cabe hacer alguna matización³⁴. Por lo que respecta a la capacidad de obrar *strictu sensu*, la doctrina civilista y procesalista ha diferenciado tradicionalmente entre dos vertientes de esta. En primer lugar, el plano material, consistente en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, así como ejercerlos debidamente; y, en segundo lugar, el plano procesal o procedimental, que es aquella aptitud para ser titular de derechos y obligaciones procesales o procedimentales³⁵. Todo ello, sin perjuicio de que en este último ámbito también se pueda distinguir la capacidad procesal como la aptitud para poder realizar válidamente actos procesales o procedimentales (comparecer, por ejemplo).

Entrando en materia, para mejor interpretación y entendimiento, dichos conceptos se integrarán con aquellos asimilados en el Derecho Procesal cuando se esté ante supuestos de escasez regulatoria por parte de la ley de procedimiento administrativo. Rescatando el argumento defendido en páginas anteriores, CIERCO SEIRA recordó la necesaria coordinación entre el procedimiento administrativo y el proceso jurisdiccional, aspecto que se perfila como una cuestión de armonización de nuestro ordenamiento jurídico administrativo que no debe ser desconocido por los operadores jurídicos ni mucho menos por los órganos jurisdiccionales³⁶. Asimismo, SANTAMARÍA

³⁴ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 137-139, sostenía que la capacidad jurídica no estaba prevista en la regulación de la derogada LRJPAC porque se trataba de una cuestión “menos problemática” que la capacidad de obrar. Sin embargo, a continuación, se tratarán un par de requisitos en los que, de omitirse la necesidad de observancia en cuanto a la capacidad jurídica, ello puede causar hasta la inadmisión del recurso contencioso-administrativo ejerciendo la acción de responsabilidad patrimonial.

³⁵ Véase, en este sentido, Alexandre PEÑALVER CABRÉ, “Capacidad e interesados en el procedimiento administrativo”, en la obra coordinada por Joaquín TORNOS MAS, *Estudios sobre las leyes 39/2015...*, *op. cit.*, págs. 152 y 153, que formula una correcta crítica sobre la mala utilización de la noción *capacidad de obrar* por parte del art. 3 de la LPAC, proponiendo que se refiera a la *capacidad procedimental* como aquella que habilita a una determinada persona, física o jurídica, a ser titular de derechos y obligaciones en el procedimiento administrativo, así como a realizar válidamente actos procedimentales.

³⁶ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs.186-190, explica este factor desde la perspectiva problemática italiana, dónde el Consejo de Estado italiano y los Tribunales

PASTOR hablaba de una estructuración formal del procedimiento como *semijurisdiccional*, en tanto en cuanto resulta menester una cierta exquisitez jurídica y por consiguiente “ello supuso el trasplante en bloque de todos los principios del proceso contencioso al procedimiento administrativo”³⁷. De semejante modo es apuntado por GONZÁLEZ NAVARRO al justificar que la normativa del procedimiento considera aplicable los preceptos de la legislación común, sin perjuicio de las pocas especialidades atribuidas a la capacidad de obrar³⁸.

El acercamiento procedimiento-proceso parece acertado, sobre todo en lo que respecta a su conexión con la reclamación de responsabilidad patrimonial, tal y como lo encamina la nueva LPAC, con un marcado espíritu jurisdiccional en ámbitos destacados (participación de los interesados, prueba, formas de terminación, etc.), cuestión esta que se irá destilando a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, no es menos cierta, de la manera que señala SANTAMARÍA PASTOR, la existencia del peligro que supone el formalismo del ordenamiento contencioso-administrativo y el hipotético reflejo en algunas cuestiones de procedimiento que mermarían la tutela *procedimental* efectiva, de las que la inadmisión es líder circunstancial.

Pero no es ahora el momento de adentrarme en este ámbito tan matizable, considerando conveniente un tratamiento categorizado por ámbitos temáticos específicos. En cuanto a la *procesalización del procedimiento* se refiere, se puede observar que es una cuestión doctrinalmente pacífica, y, como veremos, también jurisprudencialmente.

Por este orden de cosas, más allá de las divisiones apuntadas anteriormente, la capacidad jurídica suele separarse en dos conceptos técnicos en función de si nos encontramos en sede procedimental o en sede procesal, pero sin más trascendencia práctica en cuanto a su naturaleza jurídica. El TS lo explica desde la perspectiva del doble significado que encierra la legitimación, definiendo la capacidad jurídica general –si nos encontramos ante una situación procesal, legitimación *ad processum*– como “la aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso”, o lo que es lo mismo, la aptitud de cualquier persona para ser titular de derechos y obligaciones, que conllevará, automáticamente, la posibilidad de defenderlos si fuera necesario³⁹. Esta cuestión

Administrativos Regionales diferenciaban claramente entre los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo y aquellos intervinientes en el proceso jurisdiccional, sin conllevar la aceptación como interesados en el procedimiento administrativo su automática legitimación en el futuro proceso. Pese al recorrido del tiempo, la misma línea, aunque parcialmente, sigue hoy en día la jurisprudencia española.

³⁷ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?”, *RAP*, núm. 58, enero-abril, 1969, págs. 195-196.

³⁸ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, Barañáin, 1997, págs. 626-627.

³⁹ Lo viene reiterando pacíficamente el TS en, por ejemplo, la sentencia de 6 de julio de 2016 (3295/2016), Ponente: Eduardo Espín Templado, explica lo que viene siendo un tópico en las más actuales decisiones del alto Tribunal: “El Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere a las

resulta fácilmente transferible, en virtud del principio de coordinación procedimiento-proceso, al procedimiento administrativo, donde lo único que cambiará es la naturaleza del órgano decisorio por cuanto que los derechos y obligaciones se defenderán ante un órgano administrativo, no judicial.

Por tanto, la capacidad jurídica o, su expresión sinónima, legitimación *ad processum*, significa que podrán ser titulares de derechos, capaces de hacerlos valer tanto en vía administrativa como jurisdiccional, aquellas personas físicas nacidas – *nasciturus* incluido⁴⁰– y aquellas personas jurídicas válidamente constituidas conforme su normativa específica, además de que se haya producido la formación de la voluntad para ejercitar la acción correspondiente. Precisamente son las personas jurídicas las más afectadas por los matices inherentes a la acreditación de la capacidad jurídica, cuestión ésta –en contra de lo que pudiera parecer– que ha suscitado más de una inadmisión jurisdiccional millonaria en reclamación de daños y perjuicios a las Administraciones Públicas, con independencia absoluta o, por lo contrario, con vinculación –según el caso– a lo actuado en la vía administrativa.

1. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE LA VOLUNTAD DE RECLAMACIÓN POR DAÑOS POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La acreditación de la voluntad de reclamar de las personas jurídicas se postula como el primer factor del que se desprende conflictividad en sede de capacidad jurídica. El artículo 3 a) de la LPAC solo prevé que tendrán capacidad de obrar en el procedimiento administrativo “[l]as personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad con arreglo a las normas civiles”. El discurso planteado anteriormente invita a acudir a las normas procesales con la finalidad de averiguar si puede hallarse una solución más clara en torno a la capacidad de obrar de las personas jurídicas y su acreditación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

A priori, parece que esta ojeada a la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa puede generar confusión. En efecto, el art. 18 de la LRJCA

sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las sentencias de 29 de octubre de 1986, 18 de junio de 1997, y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), ‘que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación ‘ad processum’ y la legitimación ‘ad causam’. Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que ‘es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos’’. Obsérvese el recorrido jurisprudencial que se realiza mediante la cita de una sola sentencia, poniendo de manifiesto, por ello, el pacífico estado de la marea judicial en este aspecto. Mientras la segunda se refiere a la condición inherente al sujeto por la conexión que tiene con el objeto del proceso (en este caso, ser un presunto perjudicado por el funcionamiento de los servicios públicos).

⁴⁰ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil”, en la obra colectiva dirigida por Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 273-279.

establece que tienen capacidad procesal ante dicho orden, por lo que ahora nos interesa, “las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, mientras que la LEC, en su artículo 6.1.3º, reconoce directamente la citada capacidad a las personas jurídicas. Ahora bien, la principal diferencia entre la LEC y la LRJCA en cuanto a la acreditación de la capacidad (procesal), es que la primera exige que las personas jurídicas comparezcan por medio de quienes legalmente las representen (los administradores, por ejemplo), mientras que la LRJCA, en su artículo 45.2 d), requiere la presentación del documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación. La interpretación que realiza la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre esta última previsión es que la acreditación de dichas formalidades se identifica con la aportación del acuerdo del órgano competente para adoptar la decisión de litigar⁴¹.

Este particular ha supuesto en la última década un notable incremento de los conflictos procesales al respecto y, como venía diciendo, más de una importante inadmisión por no aportar un acuerdo que parece ser desproporcionado. Con ello, de seguirse en el ámbito procedimental la estela del contencioso-administrativo la representación de la voluntad de las personas jurídicas, en contraposición con las personas físicas, corre el riesgo, en última instancia, de actuar como un elemento obstaculizador del proceso, y, por extensión, del procedimiento administrativo previo, en el que, la figura de la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial goza, cada vez más, de mayor presencia.

La diferencia principal, tal y como sugiere la jurisprudencia contencioso-administrativa, es que a las personas físicas les basta una simple comparecencia para acreditar la capacidad jurídica, mientras que las personas jurídicas deben adoptar un acuerdo por el que se ponga de manifiesto su voluntad de reclamar, por parte del órgano competente y en la forma prevista en sus estatutos⁴². No se trata de un requisito vano el de la formación de voluntad de las personas jurídicas, ya que, una inobservancia continuada del mismo puede traer, insisto, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

⁴¹ En este sentido, María José ALONSO MAS, “La inadmisión del recurso contencioso-administrativo por la falta de aportación del acuerdo para el ejercicio de acciones: el caso de las sociedades con administrador único”, *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, núm. 45, 2017, pág. 2.

⁴² Por todas, véase la STSJ de Castilla y León de 11 de mayo de 2015 (ROJ 1934/2015). La formación de la voluntad empresarial es un requisito indispensable para demostrar la capacidad jurídica de una persona jurídica y, en consecuencia, poder plantear la acción de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bajo pena de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, si bien, es un defecto subsanable. En el mismo sentido se postula, por todas las sentencias del máximo tribunal, la STS de 31 de enero de 2008 (ROJ 613/2008), Ponente: Juan González Martínez Mico, que acaba avalando la inadmisión del recurso precisamente por no haberse aprovechado la subsanación de dicho defecto.

Una hipotética inadmisión podría tensionar, a niveles teóricos, su materialización con la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución. Pese a su conflagración, la doctrina jurisprudencial mantenida por el TS es coherente con la elaborada por nuestro TC, que en su sentencia de 21 de enero de 1987 acordó como proporcionado dicho efecto ante aquellas irregularidades procesales insubsanables o que no se hayan subsanado a pesar de haber sido requeridos para ello⁴³. Posteriormente, tras un recorrido jurisprudencial ya consolidado, la sentencia de 6 de noviembre de 1995 reiteró que la inexistencia de un requisito procesal debe causar su efecto lógico, que no es otro que el impedimento de conocer el fondo del asunto.

El mencionado efecto suele tener una repercusión negativa en la valoración realizada por la doctrina más autorizada en el ámbito de que se trata. De esta manera, CIERCO SEIRA lo calificó como traumático y frustrante por impedir cualquier tipo de juicio de valor en relación con el fondo del asunto⁴⁴, lo que, a la postre, no deja de entenderse como conculcación del complejo concepto de justicia material. De otro lado, es también significativa la preocupación de MEILÁN GIL, que puso de manifiesto los riesgos que podrían generarse a partir de una mala interpretación de los requisitos formales y la consecuente –y turbia– automatización de la figura de la inadmisión, que, de materializarse, acabaría degradando la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴⁵.

Con todo, sin embargo, lo cierto es que no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto en cuanto el interesado dispone de la oportunidad de subsanar el trámite, según los constantes señalamientos del TC⁴⁶. Es más, lejos de limitarse meramente a pasar por la puerta abierta por la doctrina constitucional, con el avance del tiempo, el TS ha optado por convertirla en portal. La nuez de la cuestión radica en el artículo 138, puntos 1 y 2, de la LRJCA. Dicho precepto prevé dos tipos de interpelaciones a subsanar que se le pueden hacer a una de las partes en el proceso cuando alguno de sus actos no reúna los requisitos procesales suficientes (en este caso, la interposición del recurso sin aportar el acuerdo previsto en el art. 45.2 d LRJCA). El primero, que sea el propio órgano jurisdiccional el que observe la existencia de un defecto subsanable y,

⁴³ STC núm. 3/1987, de 21 de enero de 1987, Ponente: Eugenio Díaz Emil. Esta sentencia se indica únicamente con ánimo ejemplificativo, no por ser la más relevante de las sentencias de la primera década constitucional. Antes de esta sentencia, el máximo intérprete de la Constitución había dictado otras resoluciones en el mismo sentido sin que tuviera conflictividad alguna en el seno del mismo Tribunal. Me refiero a las SSTC núm. 57/1984, de 8 de mayo de 1984, Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra o núm. 87/1986, de 27 de junio de 1986, Ponente: Jesús Leguina Villa.

⁴⁴ César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, op. cit., págs. 98-119, realiza un detallado estudio de este fenómeno a raíz del tratamiento realizado por el Tribunal Constitucional en contraposición con la efectividad de la tutela judicial efectiva.

⁴⁵ José Luis MEILÁN GIL, “La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, en la obra colectiva, *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2001, págs. 28-38.

⁴⁶ STC núm. 159/1995, de 6 de noviembre de 1995, Ponente: José Gabaldón López.

consecuentemente, en el plazo de diez días le requiera para subsanar (art. 138.2 LRJCA); y, el segundo, que el defecto se alegue por alguna de las contrapartes, teniendo la oportunidad la parte aludida de subsanar dicho defecto o alegar lo que estime oportuno “dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación” (art. 138.1 LRJCA). Conviene subrayar que la interpretación de este segundo supuesto ha sido objeto de una fuerte polémica a nivel jurisprudencial. Una polémica que finalizó, al menos formalmente, con la STS del Pleno de 5 de noviembre de 2008. Tras años de vaivenes del TS, el Pleno del alto tribunal acabó sentando un criterio conforme al cual el defecto alegado por una de las partes venía a realizar la misma función que un *requerimiento de subsanación* propiamente dicho, equivalente a que lo hiciera expresamente el órgano jurisprudencial *ex art. 138.2*⁴⁷. Así, a partir de la

⁴⁷ STS del Pleno, de 8 de mayo de 2008 (ROJ 6742/2008), Ponente: Segundo Menéndez Pérez. Esta sentencia significaría un punto de inflexión en cuanto al criterio de la no apertura del trámite específico de subsanación ante una irregularidad formal, ya que antes de ella subsistían sentencias del mismo Tribunal en todas las direcciones. El Pleno enterró la controversia decidiendo que, al disponer las partes, en el curso del proceso, del trámite de diez días para contestar a las alegaciones que contengan la apreciación del defecto, ello ya cumple con la descripción y finalidad última del artículo 138.3 LRJCA, teniendo el órgano judicial la obligación de abrir trámite específico de subsanación únicamente cuando apreciare *ex officio* defecto procesal alguno.

A pesar de lo estipulado, la sentencia provoca una fuerte división interna entre los magistrados del Tribunal, cuestión que se vislumbra en los dos votos particulares y ocho adhesiones.

El primer voto particular lo formula José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, al que se adhieren Fernando Ledesma Bartret y Eduardo Espín Templado. Esta apreciación a la sentencia se basa en el fuerte argumento de la inaplicación del artículo 45.3 de la LRJCA, en tanto en cuanto impone la obligación del juzgador de examinar de oficio la validez de la comparecencia y, en caso de haber defecto alguno, el deber del requerimiento de subsanación. Por si fuera poco, también se manifiesta en el voto que ello constituiría una manifestación del principio de antiformalismo y del principio *pro actione*, que informan el proceso jurisdiccional administrativo, juntamente con el deber de garantizar la tutela judicial efectiva comprendido en el artículo 231 de la LEC, de aplicación supletoria. Finalmente se refiere al derecho que garantiza el consagrado en el art. 11.3 de la LOPJ y el 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en convergencia con su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El segundo voto, de otro lado, es formulado por Celsa Pico Lorenzo, y se adhieren Jesús Ernesto Peces Morate, Juan José González Rivas, Nicolas Maurandi, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Santiago Martínez-Vares y Juan Gonzalo Martínez Mico. La magistrada que formula este voto discrepante ya advierte *ab initio* “estamos ante una cuestión muy controvertida en la doctrina de este Tribunal, el resultado de la deliberación en Pleno así lo patentiza, así como las distintas líneas jurisprudenciales enunciadas”. En desarrollo del hilo principal, el voto refiere también al artículo 45.3 LJCA con el objeto de resaltar la exigencia del ofrecimiento formal de subsanar por parte del Tribunal. Asimismo, se subraya dos principios clave que se deben tener en cuenta en temática de inadmisión por requisitos formales: a) “el acceso a la jurisdicción no debe ser impedido por una interpretación formalista y rígida de las normas procesales salvo que estemos ante una falta de diligencia, inactividad o conducta desacertada imputable a la parte reclamante; y b) “la facultad de subsanación de los requisitos habilitantes para la interposición del recurso contencioso administrativo debe ser objeto de una interpretación favorable al principio *pro actione*”.

A partir de este momento se fueron calmando las aguas jurisprudenciales del Tribunal Supremo en sentido de aplicar la posición mayoritaria en casos asimilables, donde representa un ejemplo, por todas, la STS de 9 de marzo de 2009 (ROJ 1324/2009), Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco; la STS de 20 de julio de 2010 (ROJ 4631/2010), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; la STS de 20 de diciembre de 2013 (ROJ 6270/2013), Ponente: Eduardo Calvo Rojas; la STS de 22 de diciembre de 2015 (ROJ 5434/2015), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy, o la STS de 12 de junio de 2018 (ROJ 2516/2018), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

notificación que contuviera la alegación comenzarían a computar los diez días que tendría a disposición la parte aludida para “subsana el defecto u oponer lo que estime pertinente” (art. 138.1 LRJCA). Existiendo este precepto, según el Tribunal, haría innecesario forzar al órgano jurisdiccional a acudir también al requerimiento expreso de subsanación previsto en el art. 138.2 LRJCA.

Considero, en la línea de los dos votos particulares contenidos en la sentencia – formulados por José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y Celsa Pico Lorenzo –, como un fallo de señalización el de la doctrina marcada por esta decisión del alto tribunal, porque representa la desnaturalización del acceso a la jurisdicción provocada por una excesiva rigidez, que se aparta del principio *pro actione* –informador de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁸–. Es necesario recalcarlo a pesar de que se haya hecho de acuerdo con el espíritu convenido por la jurisprudencia del TC de la década de los años noventa⁴⁹, ya que dicha etapa parece haberse constituido como una época de decadencia constitucional para este principio que, en teoría, debería servir para ensanchar el acceso a la justicia. Aun así, la posición contraria fue promovida por el TC vistos los efectos del tema plasmado en este epígrafe, unos efectos que no dejan de tener íntima conexión con el menoscabo de los mecanismos de protección de la tutela judicial efectiva en general (acceso a la jurisdicción, acceso a los recursos y el principio *pro actione*).

La mentada línea jurisprudencial también ha topado con la disconformidad doctrinal, de la que es patente la crítica realizada por CIERCO SEIRA, al subrayar el vuelco dado por el máximo intérprete de la Constitución en materia de la fractura causada por al principio de favorecimiento de la tutela judicial efectiva⁵⁰. También se muestra crítica

⁴⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *RAP*, núm. 42, septiembre-diciembre, 1963, págs. 274-276, explicaba que ya de por sí el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa resultaba engorroso debido al cúmulo de obstáculos que se encontraban y llevaba hasta el desfallecimiento a los recurrentes. En coherencia con la finalidad de remover esos obstáculos defendía la urgente necesidad de una profunda reforma del sistema español de justicia administrativa hacia la interpretación más favorable del acceso a la justicia. Dicho acceso se debía basar en buscar la solución menos rigorista para no agravar aún más las cargas y gravámenes de los administrados, y, por encima de todo, la gravedad que supondría no hacerlo de esta manera en la aplicación de las declaraciones de inadmisión. Siguiendo este hilo argumentativo y pese al llamamiento de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, lo cierto es que, como al cabo de los años explicaba Juan PEMÁN GAVÍN, “Algunas manifestaciones...”, *op. cit.*, págs. 252-253, citando al profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, sobre el tema de que los tribunales contencioso-administrativos han seguido actuando con un marcado *rigorismo formalista* en la apreciación de las causas de inadmisibilidad. El mismo rigorismo que vuelve a resurgir, en mi opinión, en la interpretación realizada por la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 y las constantes posteriores que han ido consolidando esta doctrina, ante la facilidad que se provoca para declarar de inadmisibilidad por cuestiones formales.

⁴⁹ Precisamente fue el TC el que sentó cátedra en materia de la relajación del requerimiento judicial de subsanación, en su Sentencia núm. 266/1994, de 3 de octubre de 1994, forjando un criterio del que el TS no se ha sabido apartar hoy en día.

⁵⁰ Véase la dura crítica de César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, págs. 109-116, que formuló ante la fractura provocada por el TC mediante la STC 37/1995, de 7

ALONSO MAS, por cuanto señala la desproporcionalidad de la medida del art. 45.2 c) LRJCA, cuestiona su necesidad y propone que baste con la manifestación de la voluntad del representante a efectos de la válida constitución de la relación procesal, tal y como sucede en la LEC⁵¹.

Relacionando los anteriores extremos con el requisito de la manifestación de la voluntad de las personas jurídicas cabe diferenciarla de una figura afín que puede dar lugar, en la práctica jurisdiccional cotidiana, a confusión. La primera y más controvertida figura, no es otra que *la decisión de litigar* –o de ejercer la acción de responsabilidad patrimonial específica– a la que vengo haciendo referencia. Esta decisión se postula como un requisito añadido de la capacidad jurídica al que las personas jurídicas deben hacer frente para completarla, en virtud de lo estipulado por el artículo 45.2 apartado d) de la LRJCA. Dicha decisión habrá que ser certificada por el órgano competente de la persona jurídica según las normas estatutarias que le sean de aplicación. En contraposición, se encuentra la figura con la que suele ser confundida esta decisión de ejercer la acción y que, con la finalidad de evitar malentendidos, debe distinguirse, en la línea en que lo señala el Tribunal Supremo constantemente. Me refiero *al poder de representación*, que es un documento acreditativo únicamente de que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente, en vía administrativa o judicial, en nombre del representado, por ejemplo, aquél poder de representación que habitualmente se otorga al procurador o, si es el caso, al abogado⁵². Las dos exigencias procesales, sin embargo, pueden restar convergidas en el poder de representación siempre que expresamente así se haya manifestado o cuando del contenido del poder pueda deducirse con cierta objetividad, según se desprende de la literatura del apartado d) del artículo 45.2 LRJCA.

Volviendo al asunto objeto de análisis, tras esta breve exposición de la problemática que en sede contencioso-administrativa existe, cabe plantearse si la

de febrero, en relación con el alcance de la garantía de la audiencia previa al recurrente en confrontación con la losa que supone una inminente inadmisibilidad.

⁵¹ María José ALONSO MAS, “La inadmisión del recurso contencioso-administrativo por la falta de aportación del acuerdo...”, *op. cit.*, págs. 37 a 40. La autora formula una crítica que no debe pasarse por alto: “[s]i en el proceso civil no es exigible el acuerdo, podemos preguntarnos si la finalidad de la norma – si es que la misma está realmente exigiendo su aportación– no será más bien propiciar la inadmisión de los recursos contenciosos presentados por sociedades mercantiles, muchos de gran importancia económica. Y, si es así, habría quizá que reconsiderar el precepto legal y considerarlo como un obstáculo a la tutela judicial no tan justificado como a primera vista parece”.

⁵² Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ, “El cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, núm. 7948, octubre, 2012, págs. 1-10. Explica el citado autor que de lo que se trata no es la facultad genérica para interponer recursos –poder de representación– sino la existencia de una decisión de interponer el específico recurso contencioso-administrativo –decisión del órgano decisorio de la persona jurídica de interponer el recurso en materia de responsabilidad patrimonial–. En el mismo sentido y entre muchas otras, lo explica la sentencia del TS en de 20 de diciembre de 2013 (ROJ 6270/2013); Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy o la STS de 12 de abril de 2013 (ROJ 2527/2013); Ponente: Rafael Fernández Montalvo.

misma tiene traslado al procedimiento administrativo previo. La respuesta ha de ser rotundamente negativa. La LPAC no prevé dicho requerimiento para las personas jurídicas, simplemente se limita a remitir a las normas civiles. Teniendo en consideración que estamos hablando de *capacidad de obrar en su vertiente procedimental (o procesal)*, debemos acudir a la LEC, ley a la que la propia LRJCA remite (art. 18); y, siguiendo las anotaciones anteriores, la LEC permite que las sociedades mercantiles (o más ampliamente dicho, las personas jurídicas en general), acudan al proceso mediante manifestación de voluntad del representante legal de las mismas. Dado que la previsión del art. 45.2 d) LRJCA es una cuestión que guarda relación estricta con la interposición del recurso contencioso-administrativo, no hay razón alguna por la que trasladar esta desproporcionada carga al procedimiento administrativo previo.

Ahora bien, a pesar de ello, urge que se revisen estas cuestiones tanto en el marco del procedimiento administrativo como en el marco del proceso contencioso-administrativo. La disparidad de los criterios en torno a la acreditación de la representación legal de la capacidad de obrar adjetiva de las personas jurídicas no genera la debida seguridad jurídica, por cuanto en el procedimiento se requiere una cosa y en el posterior proceso judicial se va a requerir otra. Poco sentido tiene esta observancia y más si pensamos que, en muchas ocasiones, la Administración ya habrá reconocido en la vía administrativa una representación legal que luego se denegará en la vía judicial por no ser aprobado por el órgano competente de la persona jurídica.

2. LA FALTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y SUS EFECTOS EN LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La problemática de la capacidad jurídica no acaba con la acreditación de la voluntad para reclamar. El concepto de base supone que la definición general de la capacidad jurídica se configura como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, siempre que se trate de personas físicas nacidas (artículo 29 CC) y personas jurídicas válidamente constituidas (artículo 38 CC). En este sentido, es obligado partir del señalamiento realizado por REBOLLO PUIG al advertir que “al igual que no se puede admitir la reclamación de la persona física muerta, tampoco cabe admitir la persona jurídica extinguida”⁵³.

La justificación lógica es que lo que parece una tautología y, es que la persona física debe existir para poder formular reclamación de responsabilidad patrimonial o para ser parte en un procedimiento o proceso, comportando su inexistencia un defecto de la personalidad que daría lugar a la inadmisión de la reclamación pretendida⁵⁴. Por

⁵³ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 53.

⁵⁴ Así lo señala la STSJ de las Islas Canarias de 29 de septiembre de 2006 (ROJ 3986/2006), Ponente: Francisco José Gómez de Lorenzo-Cáceres, en una discusión sobre la posibilidad de inadmisión de una reclamación económico-administrativa por del TEAR en un caso donde el reclamante había muerto tiempo antes de interponerse la reclamación. Tajantemente el TSJ sustentó lo que parece una evidencia:

evidente que pudiera parecer esta afirmación, debe recordarse, en sede de responsabilidad patrimonial, que una cosa es el heredero, y otra, el perjudicado. En caso de muerte el propio perjudicado también perderá su capacidad jurídica y, por consiguiente, su legitimación, trasladándose ésta última a sus herederos o causahabientes siempre que concurren las circunstancias legales oportunas⁵⁵.

Más teniendo en consideración que la nueva LPAC incorpora en su artículo 116 varias causas de inadmisión, que, a pesar de estar encaradas hacia los recursos administrativos, no tardarán en aplicarse de forma genérica, entre otras situaciones, a las reclamaciones administrativas de responsabilidad patrimonial⁵⁶, todo ello en convergencia con las causas de inadmisión previstas en el artículo 51 de la LRJCA y, sobre todo, la aplicación en el procedimiento administrativo –por analogía– de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, que establece que el Juzgado o la Sala, declarará no haber lugar a la admisión del recurso contencioso-administrativo cuando constare de modo inequívoco y manifiesto, entre otras, la falta de legitimación del recurrente.

Y resulta que el mismo argumento es ampliamente válido en el campo de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y, más en concreto, cuando se formulan por parte de personas jurídicas extinguidas, sector donde es fundamental la STS de 9 de marzo de 2009⁵⁷. En dicha resolución el alto tribunal avala la inadmisión por parte de la Audiencia Nacional (AN) de un recurso de responsabilidad patrimonial realizado por una sociedad extinguida tres años antes, prescindiendo de la admisión de la capacidad en la vía administrativa previa⁵⁸.

“no sólo no tiene capacidad jurídica ni procesal. No tiene capacidad para nada”. Esta sentencia fue confirmada años después por el TS en su sentencia de fecha 1 de diciembre de 2010 (ROJ 7224/2010), Ponente: Ramón Trillo Torres.

⁵⁵ Carlos HERNÁNDEZ CLAVERIE, “Algunas cuestiones problemáticas sobre la legitimación en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial”, *REFC*, núm. 16, julio-diciembre, 2011, pág. 93, lo afirmaba, desde el punto de vista genérico de la legitimación, al especificar que “debe distinguirse entre los herederos y los perjudicados”. Lo cierto es que a los herederos se les aplicará otro régimen jurídico bastante más difuso que si se reclamara por los propios interesados, que se estudiará en el epígrafe V.

⁵⁶ El artículo 116 de la LPAC prevé, entre otras, como causa de inadmisión la falta de legitimación del recurrente, un concepto que en sentido amplio podría traducirse en la carencia de los requisitos subjetivos que debe tener todo interesado en el procedimiento administrativo. Esto se refiere a lo estipulado en los arts. 3 a 8 de la ley de procedimiento administrativo común. Y, por supuesto, siguiendo la línea argumentativa objeto de análisis, también se extendería dicho razonamiento a la tenencia o no de la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones.

⁵⁷ STS de 9 de marzo de 2009 (ROJ 1324/2009); Ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco. Sobre estos extremos se pronuncian, entre otros, el profesor Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *loc. cit.*; o Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “Las partes en el proceso contencioso-administrativo”, en la obra colectiva dirigida por Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO, *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 282 y 283, que, citando la STS objeto de alusión afirma lo siguiente: “[u]na vez disuelta o liquidada, la sociedad pierde la condición de sujeto de derecho y, en cuanto tal, la posibilidad de accionar ante los Tribunales”.

⁵⁸ En el epígrafe I de este epígrafe ya mencioné la vinculación en el proceso contencioso-administrativo de lo actuado en vía administrativa previa.

A simple vista parece ser que esta decisión del TS se desmarca de su propia línea jurisprudencial, en relación con otros requisitos de las partes, al no aplicar la teoría de los actos propios, esto es, reconocer la capacidad jurídica de la sociedad por el simple hecho de que la Administración haya aceptado el diálogo tácito en el procedimiento administrativo previo. Así también lo expresa REBOLLO PUIG al sostener que los tribunales de lo contencioso-administrativo no se consideran vinculados por lo actuado en la vía administrativa⁵⁹. Dicha regla que rige en general sobre los requisitos subjetivos, pero emerge con especial fuerza en torno a la legitimación del demandante, siendo más habitual su excepcionalidad judicial en referencia a la capacidad jurídica o procesal.

Lo cierto es que tras sentar la base de que la Administración no debe estar vinculada por haber dialogado con un sujeto sin capacidad, o, dicho de otro modo, inexistente, el tribunal señala el desconocimiento del poder público ante la extinción de la sociedad. Dicho de otro modo, al tratarse de una cuestión ocultada por la misma sociedad interesada durante el procedimiento administrativo, se puede concluir que la Administración ha cometido una especie de “error invencible” y, en base al mismo, esta decisión comporta que, en materia de la falta de capacidad jurídica o inexistencia de sujeto, no rija la teoría de los actos propios, lo que implica que se pueda desvincular procedimiento de proceso. Esta postura es razonable en aras de lo dispuesto en el artículo 9 de la LEC al especificar que “[l]a falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso”. Pero de otro lado, como novedad de Derecho positivo sí que se acepta la participación en la vía administrativa –con inspiración del Derecho procesal– en el apartado c) del artículo 3 de la nueva LPAC de determinadas entidades sin personalidad jurídica propia. Este artículo señala lo siguiente: “[c]uando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos”. Asimismo, se puede percibir que la redacción del nuevo articulado de la LPAC sigue la estela procesal del artículo 18 de la LRJCA al someter a declaración legal previa la posibilidad de participación ante las Administraciones Públicas por parte de este tipo de entidades, lo cual, desde siempre ha sido criticado por la doctrina⁶⁰.

El caso es que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial no existe precepto genérico alguno que otorgue directamente capacidad para actuar ante la Administración a este tipo de entidades, debiéndose analizar en cada supuesto concreto la legislación específica del sector de actuación. Considera acertadamente REBOLLO PUIG

⁵⁹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *loc. cit.*

⁶⁰ José GARBERÍ LLOBREGAT, “Capacidad procesal”, en la obra colectiva dirigida por Vicente GIMENO SENDRA, José GARBERÍ LLOBREGAT, Víctor MORENO CATENA y Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, decía que este inciso resulta inexplicable dado que podía dar al traste con la finalidad perseguida por la norma.

que es posible reconocer personalidad jurídica a estos entes para reclamar responsabilidad por daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, cuando el daño derive de un acto administrativo que les afecte⁶¹. Si por ejemplo una entidad sin personalidad jurídica puede tener la condición de obligado tributario, ¿por qué no puede reclamar responsabilidad patrimonial por un acto administrativo ilegal derivado de la errónea aplicación de ese tributo?

IV. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

1. CAPACIDAD DE OBRAR ADMINISTRATIVA

A. Supuesto general

Siguiendo con las reglas del estudio general de lo dispuesto para cualquier procedimiento administrativo, el artículo 3 de la LPAC sí regula la capacidad de obrar de aquellos sujetos específicos que podrán actuar ante las Administraciones Públicas, siendo el grupo más amplio el contenido en su apartado a): personas físicas o jurídicas que ostentan capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles – o mercantiles –. Dicho de otra manera, la capacidad de obrar responde a la aptitud para operar personalmente en el tráfico jurídico ejercitando los propios derechos que se ostentan como consecuencia de tener capacidad jurídica⁶². No corresponde más desarrollo sobre un aspecto tan pacífico.

B. Supuesto especial: la capacidad de obrar del menor en el ámbito concreto del procedimiento de responsabilidad patrimonial

a) La necesaria revisión de la capacidad de obrar del menor en atención a su capacidad natural y el derecho a participar en los procedimientos que le afecten

El apartado b) del artículo 3 LPAC prevé una excepción a la aplicación pura y simple de las normas civiles en torno a la capacidad de obrar, que es en lo referente al

⁶¹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 54. El caso prototípico puede jugar en el ámbito tributario. El artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), establece que serán obligados tributarios *en las leyes que así se establezca*, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición. De nuevo aparece el inciso de derivación a la ley concreta de aplicación. En este sentido, por ejemplo, el artículo 84.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), contempla a los anteriores como sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido, siempre que cumplan con los demás requisitos generales. También ha sido así aceptado por algunas sentencias, por ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León de fecha 24 de julio de 2001 (ROJ 3761/2001); o de 9 de marzo de 2001 (ROJ 1363/2001), Ponente: José María Lago Montero.

⁶² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, duodécima edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 20.

menor de edad, para los que se traza una idéntica regulación a la apuntada por la LRJCA, con la salvedad de los menores incapacitados⁶³. Por lo general, se reserva esta autorización legal a los menores para actuar ante la Administración sin la asistencia de la persona que ejerza la potestad parental, tutela o curatela, para cuando el ordenamiento jurídico regulador del derecho o interés que se pretenda hacer valer así lo especifique⁶⁴. En este campo de actuación, GONZÁLEZ NAVARRO distinguía entre dos tipos de situaciones: una, cuando una norma determinada exige capacidad de obrar para ejercer determinados derechos⁶⁵; y dos –cuestión más problemática– en aquéllos supuestos en que no se exige capacidad de obrar, pero tampoco se dispensa la misma para actuar en un procedimiento administrativo.

En cuanto a esta segunda cuestión, el autor apuesta por aplicar el criterio más amplio posible referente a que sea aceptada la capacidad de obrar del menor en los casos en que cumpla las condiciones reglamentarias para ello, y no sea menester, por tanto, complemento de capacidad alguno. No hay que obviar, sin embargo, que el mismo autor defendió la necesidad de una más adecuada redacción del precepto para evitar dichas dificultades interpretativas, cosa que, entre muchas otras, la reforma de la LPAC ha pasado por alto⁶⁶. Es claro que esta situación es aconsejable siempre que la actuación administrativa no sea susceptible de provocar un acto de gravamen hacia el menor y, además, respetando los lindes mínimos de madurez que las normativas generales –principalmente autonómicas– de protección jurídica del menor prevén, resultado que podría desembocar en la aplicación en el procedimiento del interés

⁶³ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 629 a 631.

⁶⁴ En el ámbito contencioso-administrativo se implantó esta regla con la LJCA de 1998. Sobre ello, Francisco PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, sexta edición, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 177, defendió la coherencia de esta norma, apuntando que su finalidad no era otra que evitar “el absurdo de que administrativamente fuera reconocida plena capacidad a alguna de tales personas, para serle negada acto seguido en cuanto había de actuar ante órganos jurisdiccionales manteniendo la misma pretensión”. De ahí que la balanza entre procedimiento y proceso –que tanto se justifica a lo largo del presente trabajo– tenga una importancia céntrica en la materia del Derecho Administrativo.

⁶⁵ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 629 a 631, habla de varios ejemplos relativos al primero de los supuestos, aquéllos casos en que el menor de edad ha de actuar sí o sí mediante representante legal por la naturaleza del ejercicio administrativo que pretende hacer valer (los ejemplos están actualizados): obtener el pasaporte (el artículo 4.2 del actual Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características exige la autorización de quienes tengan la potestad parental o tutela, o subsidiariamente, autorización judicial); obtener el permiso de circulación para automóviles de menos de 3.500 kg (el artículo 4.4, apartado b, de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción, señala los 18 años de edad para obtener dicho permiso de circulación); obtener la licencia de caza (el artículo 3.2 del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, exige *para el menor no emancipado*, autorización escrita del representante legal).

⁶⁶ Junto con Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, señalaron la escasa definición del artículo que prevé la capacidad de obrar administrativa otros autores, como, por ejemplo, Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 56, esgrimiendo que el significado y el alcance de la actuación del menor “no son del todo claros”.

superior del menor. En este sentido cabe parar mientes en que, a modo de ejemplo, la Ley catalana número 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA), distingue entre niños –menores de doce años– y adolescentes –menores comprendidos entre los doce años y la mayoría de edad–. Dicha legislación específica podría instituirse como una buena fuente de inspiración en cuanto a mejorar la interpretación de la posibilidad de actuación de los menores ante las Administraciones Públicas. Evidentemente, la legislación que conforma la protección jurídica de los menores es consciente que no es lo mismo un menor de doce años que uno mayor, jugando en cualquier caso con el análisis conjunto de la capacidad natural del mismo y el grado de discernimiento.

Considero que se trata de una cuestión trasladable al terreno concreto de la reclamación de responsabilidad patrimonial. De resultas que el artículo 3 de la LPAC, en su apartado b), –de la misma forma que lo hacía el anterior artículo 30 de la LRJPAC– establece que tendrán capacidad de obrar en los procedimientos administrativos los menores de edad “para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”.

El profesor REBOLLO PUIG pondera esta posibilidad, realizando un breve análisis con la vista puesta en la LGT, la cual tilda de más concreta en el aspecto aquí discutido⁶⁷. Y es que la legislación general tributaria otorga capacidad en dicho orden a los menores (y a las personas con la capacidad de obrar modificada legalmente) para realizar determinadas actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico. Lo mismo se encuentra previsto en el artículo 18 de la LRJCA en tanto en cuanto formaliza la posibilidad del menor de defender por sí mismo aquellos derechos e intereses legítimos “cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico”. Por tanto, la autorización normativa deviene requisito ineludible para contemplar como posible la actuación de los menores sin la asistencia de las personas que ejerzan algún tipo de representación legal sobre ellos.

Es en este momento cuando se aprecia el lado sumergido del *iceberg*, al no ser posible encontrar elemento normativo alguno que permita descifrar si el menor de edad puede reclamar por sí solo una indemnización ante la Administración o, más ampliamente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. REBOLLO PUIG acaba acudiendo también a la legislación de protección jurídica del menor –lo que considero una cuestión clave de su análisis y que trataré de ampliar–, en concreto al actual artículo 2.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica

⁶⁷ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 57.

del Menor (LOPJM), por el que se implementa el deber de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores⁶⁸.

Sin embargo, si bien podría ser correcta esta forma de entender el derecho del menor a reclamar una indemnización por daños, considero también adecuado acudir a la anterior ponderación de su *capacidad natural* juntamente con la de discernimiento, o más ampliamente dicho: la aplicación de los criterios de valoración recogidos en la normativa de protección del menor. Como hecho concomitante, cabe recordar que el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General nº 12 del 2009, definió el concepto de madurez como aquella “capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”⁶⁹.

Consecuentemente, no siendo la edad el único hecho determinante, sino más bien la madurez que desprende, sí que podríamos tomar como una especie de *presunción de madurez* la ya señalada e indicativa diferenciación entre los dos tipos de menores que la LDOIA contempla a efectos de participación en los procedimientos administrativos que le afectan, consistente en la distinción entre niños y adolescentes.

Este discurso parte y se sustenta en la integración del principio conocido como *interés superior del menor*, o del niño, según es recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN)⁷⁰. La doctrina civilista e internacionalista suele referirse a la participación del niño en los asuntos que le afectan como uno de los elementos cruciales derivados del interés superior del menor (de acuerdo con el art. 12 CDN)⁷¹. Una idea

⁶⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *loc. cit.*

⁶⁹ Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del niño (CRC/C/CG/12, de 20 de julio de 2009) que analiza Consuelo MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, “La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad”, Tirant lo Blanch Online, Valencia, junio, 2013, a efectos de proporcionar unas reglas mínimas de análisis de la capacidad natural del menor. A tal efecto señala tres pautas generales: (1) la racionalidad de la opinión del menor dentro del marco de su realidad personal; (2) rechazo de hallar en la edad el fin de la búsqueda de la madurez, ya que factores como la información, experiencia, entorno y nivel de apoyo recibido son edificantes de un mapa dispar en la capacidad del menor; y (3) necesidad de ponderación de la trascendencia de la decisión que puede implicar en la vida del menor.

⁷⁰ El *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Defensor del Pueblo, Madrid, mayo, 2014, pág. 9 y ss., señala que a raíz de la adopción de esta Convención se dio el salto cualitativo en cuanto a la protección de la minoría de edad. También pone de manifiesto uno de los fundamentos sobre los que se cimienta una Convención a la que se han adherido 193 Estados, que no es otro que la superación de la perspectiva tradicional de los menores como sujetos pasivos de los cuidados y atención de los adultos, que da lugar a una mayor participación de estos como sujeto de derechos, lo cual tiene una lógica repercusión en el ámbito de la capacidad de obrar del menor. Apunta dicho estudio que su participación en la adopción de tales decisiones debe ser “atendida en consonancia con su capacidad y madurez”.

⁷¹ En estos términos lo apunta Núria CAMPS MIRABET, “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno”, en la obra colectiva coordinada por Adoración María PADIAL ALBÁS y María Dolors TOLDRA ROCA, *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 23 y ss.

que, años más tarde, recogería el Defensor del Pueblo en su *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, al hacer hincapié, además, en el avance que la adopción de la CDN provocaría debido a la ampliación considerable del ámbito de aplicación del interés superior del menor, superando la tradicional concepción según la cual este *concepto jurídico determinado* se aplicaba únicamente a las cuestiones relacionadas con la custodia de los niños⁷².

La citada ampliación –entendiéndose en conjunto con otros preceptos de la CDN– se tradujo en la asunción inmediata en la legislación interna de cada Estado firmante de la Convención del principio del interés superior del menor como partícipe activo en los procesos de toma de decisiones que le afecten⁷³. En consecuencia, el factor participativo deviene la clave de bóveda de una línea argumentativa en defensa de la apertura de la capacidad de obrar administrativa, que encuentra sustento en la propia normativa internacional y nacional sobre menores. Con respecto a la normativa interna, la LOPJM –además de establecer una tendencia restrictiva hacia las interpretaciones limitativas de la capacidad de obrar del menor en el artículo 2.1, párrafo segundo, tal y como acertadamente explica el profesor REBOLLO PUIG⁷⁴ –, también viene a recoger un marco de criterios a partir de los cuales se abre la puerta a posibilitar la formación de un juicio de valor realmente efectivo en cuanto a la dialéctica ampliativa-limitativa de la capacidad de obrar del menor.

El artículo 2.2 b) de la LOPJM, realiza una suerte de listado ejemplificativo de situaciones protegidas por el interés superior del menor en tanto en cuanto desglosa varios elementos valorativos para la determinación de este, así como la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor junto con el derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal. Es claro que la valoración de estos criterios en conjunción con el hecho desencadenante positivo que sería, *a priori*, la posibilidad de obtener la reparación de unos daños y perjuicios debe considerarse en cualquier caso un aspecto beneficioso, como una mejora en la protección del menor. Siempre en el buen entendimiento de que ello se

⁷² *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*, *loc. cit.*

⁷³ La Administración –como término genérico e inagotable– halla su deber de atender al interés superior del menor en el art. 3.1 de la CDN.

⁷⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 58, con genial criterio consideraba que “puede mantenerse una tendencia general a admitir que el menor pueda instar la responsabilidad de la Administración sin necesidad de su representante legal. Mucho más restrictiva habrá que ser la solución si se trata de permitirle renunciar al derecho de indemnización o de llegar a una terminación convencional”. Opino que la citada tendencia debería devenir una práctica común cuando el menor supera una barrera psicológica de edad, a partir de la cual se le pueda considerar suficientemente maduro como para reclamar por sí mismo la responsabilidad patrimonial. Esto es – adaptando la influencia de la normativa catalana, LDOIA – a partir de cuándo se considera al menor como adolescente (12 años). Es coherente la anterior solución con lo determinado por el art. 7.1 de la LOPJM, en tanto en cuanto prevé el derecho de los menores a participar plenamente en la vida social, “*así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa*”.

produce como consecuencia del aumento de la esfera de la capacidad de obrar del mismo⁷⁵.

El proceso valorativo anterior guarda íntima conexión con el debate sobre la fijación de la frontera de la capacidad de obrar del menor. Esta es una cuestión a la que debe darse una solución rigurosa. Según ha subrayado GONZÁLEZ PÉREZ, cabe tener en consideración “la importancia de determinar lo más nítidamente posible el momento en que se fija la línea divisoria entre la capacidad y la incapacidad del menor, desde cuándo puede ejercer libremente los derechos sin intervención de los padres, tutores o guardadores, y el sistema que arbitra el ordenamiento para resolver los conflictos que puedan plantearse en este orden”⁷⁶. Y en la misma dirección apuntaba MARTÍN-RETORTILLO al comentar el sentir ampliativo de la capacidad de obrar de los menores del artículo 2.1 de la LOPJM, considerando que dicho precepto “ha de exigir reajustes sensibles en la parte que el Derecho Administrativo viene tratando con cuidado bajo el título de teoría del administrado”⁷⁷. Tras estos apuntes, GONZÁLEZ PÉREZ considera como punto de partida que, de acuerdo con el artículo 162.1º del CC y con la Exposición de Motivos de la LOPJM, la madurez debería alzarse como un factor incisivo hacia la aceptación de la capacidad de obrar del menor como suficiente para actuar en el ámbito objeto de análisis⁷⁸.

⁷⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo I, pág. 917, consideran que se debe prestar mucha atención al afirmar que la hipotética ampliación de lo que conocemos por capacidad de obrar del menor se traduce en una mayor protección de este. Y sugieren el ejemplo de determinadas orientaciones religiosas en las que los menores pueden guardar convencimiento y a raíz de ello se nieguen a un tratamiento médico cuando se trata de una cuestión de vida o muerte. En este caso queda difuminado, para los autores, que el aumento de la esfera de la capacidad de obrar del menor constituya una mejora en su protección.

⁷⁶ Por separado, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La protección de la juventud y la infancia”, en *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pág. 718, también se preguntaba hasta qué punto se ofrece una adecuada protección a los menores a través de remover los límites de su capacidad de obrar.

⁷⁷ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud”, en *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1998, pág. 331, recuerda que las restricciones a la capacidad de obrar jugaban en favor de mejorar la defensa de los intereses de los menores, sobre todo en el ámbito patrimonial, lo cual conjuga precisamente con la idea de que se excepcione la ampliación de la capacidad para rechazar una indemnización contra la Administración o llegar a transacciones o acuerdos amistosos. El razonamiento sintoniza con lo defendido por Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, op. cit., pág. 58.

⁷⁸ Ahora bien, a la hora de determinar la madurez, es necesario partir que se trata de una idea abstracta, pero que el ordenamiento jurídico configura como un *elemento de liberación del menor*. En primer lugar, nos debemos percatar del hecho que el artículo 162.1º del CC establece que los padres que ostenten la patria potestad no tendrán la representación legal de sus hijos menores no emancipados para ejercitar aquéllos “actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Por su parte, y, en segundo lugar, la Exposición de Motivos de la LOPJM habla de la implementación de la escucha de los menores siempre que tuvieren “suficiente juicio”, en todas aquellas cuestiones que les afectan. En este sentido también Fátima YÁÑEZ VIVERO, “La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad”, en la obra colectiva coordinada por Carlos VILLAGRASA ALCAIDE e Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ, *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 90-91, a propósito de una decisión de la Dirección General de los

Es evidente que ante la presente perspectiva será menester la diferenciación entre las posibles consecuencias positivas o negativas que puede acarrear una determinada actuación del menor en el campo administrativo y/o contencioso-administrativo, con el fin de cerrar el planteamiento de diferentes elementos a observar para formarse un juicio de valor acerca de la posibilidad del menor de actuar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial por sí mismo. En este orden de cosas y para ir concluyendo diré que se podrían tomar en consideración tres parámetros clave con los que llegar a una correcta decisión en el debate limitación-ampliación de la capacidad de obrar.

El primer parámetro respondería al posible *hecho desencadenante* a raíz de la actuación del menor. Este parámetro revestiría carácter eliminatorio. Si el hecho desencadenante fuere hipotéticamente positivo, como en el caso debatido –el reconocimiento de un derecho a indemnización– se debería amparar una interpretación ampliativa de su capacidad de obrar. Si, por el contrario, se tratase de una hipotética consecuencia negativa –*p. ej.*, la imposición de una sanción– entonces debería entrar en juego el principio del interés superior del menor y, por tanto, sería necesaria la restricción de la autonomía procedimental –o procesal– del menor. En efecto, en coherencia con el espíritu de protección de los menores de edad que el ordenamiento jurídico ha ido acuñando, ya no sería justificable una eventual continuación de la formación de un juicio de valor sobre la toma de decisiones de la capacidad del menor, de ahí la cualidad de este primer parámetro como eliminatorio.

En caso de responder afirmativamente a la anterior cuestión, procede pasar al segundo parámetro objeto de valoración. Este es externo a las características del menor o del supuesto *de facto* del caso, respondiendo a la voluntad del anclaje normativo general. La línea evolutiva que vehiculiza el ordenamiento jurídico parte de la voluntad ampliativa de la capacidad de participación del menor en los asuntos que le afectan, llevando a cabo un levantamiento de las limitaciones sobre su capacidad de obrar. Por tanto, este factor se deberá tener en cuenta en el momento de realizar una valoración sobre la posibilidad del menor de reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la Administración.

Finalmente, en conjunción con los dos parámetros anteriores, resultaría determinante el análisis de la *capacidad natural* del menor a la hora de ponderar su capacidad de obrar ante las administraciones para reclamar responsabilidad patrimonial. Lo ideal sería realizar una interpretación al amparo del espíritu del art. 3 b) de la LPAC, en concurrencia con el artículo 18 de la LRJCA. Dichos artículos, que si bien configuran una voluntad legislativa tendente a abrir la puerta a una capacidad de obrar más amplia en el orden administrativo y contencioso-administrativo, no pueden

Registros y del Notariado (DGRN), sostiene la necesidad de ponderar el estado meramente indicativo que marca la edad junto con la capacidad natural que el menor posee para una determinada actuación.

desligarse de las pautas proporcionadas por la legislación sobre protección de menores. En este sentido son ejemplificativas la mayor parte de las leyes autonómicas en tanto que proporcionan unos elementos interpretativos clave en torno a la madurez del menor y su incidencia en la capacidad⁷⁹.

b) Algunos aspectos problemáticos: ¿capacidad del menor o representación por parte de los progenitores?

Con la finalidad de ilustrar mejor este planteamiento bueno será reparar en algunos asuntos concretos y problemáticos que pueden producirse en torno a la reclamación de responsabilidad patrimonial por parte de los menores de edad o en nombre de estos. Especialmente, interesa mencionar tres supuestos: a) la posibilidad de uno de los progenitores de reclamar la responsabilidad patrimonial en nombre y representación de un hijo menor de edad sin el consentimiento expreso del otro progenitor; b) en caso afirmativo, la posibilidad del menor de oponerse a la reclamación que en su nombre formule el progenitor; c) y, en el caso contrario, el tratamiento de la oposición de los progenitores a la reclamación intentada por el menor de edad o por el otro progenitor en su nombre y representación.

El primero de los supuestos es el más habitual: que solo uno de los progenitores reclame en nombre y representación del menor de edad. Siendo concurrente este planteamiento, la doctrina de la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña (en adelante, CJACat) ha dictaminado reiteradamente que no existe ningún impedimento jurídico para presumir, *iuris et de iure* el consentimiento del otro progenitor, al considerar la acción de responsabilidad patrimonial como “acto de administración ordinaria” (de conformidad con el art. 236-8.2 b del CCCat)⁸⁰. El mismo criterio se puede aplicar en

⁷⁹ He apuntado anteriormente la diferencia que realiza la LDOIA, promulgada por la Generalitat de Catalunya, entre niño y adolescente. En la misma línea resuelven la gran mayoría de leyes autonómicas, explícita o implícitamente. Es ejemplo la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia que establece en su artículo 2 a) que “[s]e entiende por infancia el período de vida comprendido entre el nacimiento y la edad de doce años, y por niños y niñas las personas que se encuentran en dicho período de vida”, mientras que en su apartado b) señala que “[s]e entiende por adolescencia el período de vida comprendido entre la edad de trece años y la mayoría de edad establecida por ley o la emancipación, y por adolescentes las personas que se encuentran en dicho período de vida”. Sin embargo, existen autonomías que aumentan la edad de lo que se considera niño, recogiendo, por ejemplo, el artículo 1.3 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, que el niño lo es hasta los trece años y la adolescencia no comienza hasta los catorce.

⁸⁰ Por todos, reiterando doctrina, el Dictámen de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña de 17 de enero de 2019, núm. 14/2019, Ponente: Francesc Homs Molist, que lo explica de la siguiente manera: “[e]n relación con el hecho de que la reclamación solo se haya presentado por uno de los dos progenitores del menor, implica traer a colación las consideraciones contenidas en el Dictamen 187/2018, que, a su vez, transcribía otro anterior, en concreto, el Dictamen 254/2016, que decía: «[e]l hecho de que solo haya sido la madre quien formula la reclamación de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la LRJPAC, y su actuación es considerada ejercida correctamente de acuerdo con la regla del artículo 236.8, apartado 2.a), del Código Civil de Cataluña, la que permite presumir *iuris et de iure* que la actuación individual de un progenitor cuenta con el consentimiento del otro si actúa respecto de terceros de buena fe y se trata de

base al artículo 156 del CC, que regula de modo similar la presunción de consentimiento de la actuación de un progenitor para la realización del “ejercicio ordinario” de la potestad parental. En cambio, la respuesta podría difuminarse si las circunstancias del caso se alteran. Baste como muestra de tal alteración el supuesto en el que el progenitor representante del menor reclamante no tiene reconocido del ejercicio de la potestad parental por haberse atribuido judicialmente en exclusividad al otro progenitor. Al tratarse de un terreno extremadamente casuístico, el órgano instructor debería dilucidar cuál es la situación de los reclamantes en cuanto al ejercicio de la potestad que el progenitor tiene sobre el menor, a efectos de determinar la existencia o inexistencia de límites de su facultad representativa conforme a las normas civiles correspondientes (Dictamen de la CJACat de 13 de julio de 2017⁸¹).

La atribución exclusiva del ejercicio de la potestad parental al otro progenitor podría ser, por sí misma, un indicio de falta de legitimación para reclamar en nombre y representación del menor de edad. Pero este hecho debe ponderarse, necesariamente, en conjunto con las circunstancias del caso. Y, de las mismas, el citado dictamen es el ejemplo por excelencia. Si bien en el caso del que conoció la CJACat la reclamación fue interpuesta por el padre (mientras que el ejercicio de la potestad parental estaba exclusivamente atribuido a la madre) en nombre y representación del menor, resulta que este último, a punto de cumplir los quince años, también otorgó poder al abogado que les representaba. De este modo, en aplicación del artículo 3 de la LPAC, que reconoce la capacidad de los menores de edad de defender sus derechos, en conjunción con el hecho de que la legislación civil procura la *participación de los menores de edad en los asuntos que les afecta y no se les prohíbe expresamente* –tal y como he manifestado en las páginas anteriores–, la *Comissió* acaba dictaminando que “el menor tiene suficiente capacidad para formular la reclamación en nombre propio por el daño moral que alega”⁸².

“actos de administración ordinaria” (o de “ejercicio ordinario” de la potestad parental, art. 156 del Código Civil). Parece razonable aplicar esta presunción cuando uno de los progenitores ejercita individualmente el derecho del hijo a reclamar el pago de un crédito que ha nacido a su favor, teniendo en cuenta, además, que la pretensión de responsabilidad patrimonial está limitada por un plazo breve de prescripción (en este sentido, la actuación individual del progenitor también podría tener encaje en la letra c del apartado 2 del artículo 236.8 del Código Civil de Cataluña, la cual admite la actuación indistinta de los progenitores para los actos de necesidad urgente)»”.

⁸¹ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 13 de julio de 2017, núm. 202/2017, Ponente: Antoni Vaquer Aloy.

⁸² En concreto, el Dictamen subraya una cuestión de enorme importancia respecto del asunto tratado: “[e]l menor de edad no es una persona totalmente faltada de capacidad de obrar, pero sí que la ley lo protege especialmente ante todos aquellos actos que les puedan ocasionar un perjuicio, entre los cuales no figura la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa (...). Además, en general, el interés del menor es superior y los que tengan más de 12 años deben ser escuchados en los procedimientos administrativos en que se encuentren directamente implicados y que aboquen a una decisión que afecte a su entorno personal o patrimonial”.

Esta solución es la muestra perfecta de la utilización de los principios informadores del régimen jurídico de protección de los menores de edad en el ámbito del reconocimiento de su capacidad de obrar a la hora de reclamar responsabilidad patrimonial vía administrativa. Definitivamente, esta solución encuentra acomodo con el segundo y tercero de los supuestos que antes he mencionado: la posibilidad de los menores de oponerse a las reclamaciones formuladas por los progenitores o viceversa. Si al supuesto del dictamen se le añadiera, hipotéticamente, la oposición expresa de la madre del menor, que recordemos, tiene atribuido el ejercicio exclusivo de la potestad parental, el hecho de reconocer la capacidad suficiente del menor para reclamar desplazaría el acto de representación de aquella. Y la solución a *sensu contrario* se daría si se hubiera llegado a la conclusión de la falta de capacidad del menor para reclamar, consistente en que este no se podría oponer al ejercicio de la potestad parental.

No obstante, no me atrevo a recomendar la firmeza de esta solución como si de un caso cerrado se tratara. La casuística impera poderosamente en este ámbito, con lo que, todo tiene que valorarse a la luz de las circunstancias del asunto concreto. Se deberían considerar algunas vicisitudes derivadas como, por ejemplo, si el menor capacitado para reclamar también lo es para administrar, gestionar o disponer de la ganancia patrimonial que representaría el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. Luego, en el caso de que no lo fuera, el conflicto se trasladaría al régimen legal del ejercicio de la potestad parental, cuestión que no es objeto de tratamiento en este trabajo.

C. La capacidad de obrar de las entidades sin personalidad jurídica

También constituye una novedad de Derecho positivo, que no de práctica jurídica, la incorporación en la norma de cabecera del procedimiento administrativo del apartado c) del artículo 3 de la LPAC. La citada novedad responde a la previsión de la capacidad de obrar a “los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos” *solo cuando una ley así lo declare expresamente*.

Sin embargo, se trata de una copia de aquello que ya se tuvo en consideración con la promulgación de la LJCA de 1998, en el apartado segundo de su artículo 18 y que previamente, se aplicaba en algunos casos concretos por parte de la jurisprudencia⁸³, clara inspiradora de la posterior evolución legislativa del contencioso-administrativo. Tras el acogimiento favorable por parte de la doctrina, *ab initio*, y el paso de las cerca de

⁸³ Véase para más detalles José GARBERÍ LLOBREGAT, “Capacidad procesal”, *op. cit.*, pág. 197. El autor cita el ejemplo de la sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de marzo de 1992, en relación con el reconocimiento de legitimación a las sociedades irregulares, o la también sentencia de la Sala Primera del TS, de 12 de marzo de 1987 (ROJ 1766/1987), Ponente: Cecilio Serena Velloso, que reconoce personalidad jurídica a las herencias yacentes, en cuanto que se le debe otorgar un tratamiento unitario juntamente con los herederos.

dos décadas desde la entrada en vigor de la LJCA, el hecho de que el legislador haya dado acceso a la jurisdicción –y ahora expresamente al procedimiento⁸⁴– a aquellas personas que, según el Derecho Civil no poseen capacidad de obrar, fue en su momento un buen avance.

El caso es que vuelve a estar presente en este momento la necesidad de *atribución legal expresa* de tal capacidad a estas entidades para poder actuar, en este caso, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Tal y como señala REBOLLO PUIG, no tendría porque no reconocérsele capacidad de obrar para reclamar daños y perjuicios a aquellas agrupaciones, entidades, organizaciones que, careciendo de personalidad jurídica, pueden actuar en un determinado ámbito administrativo en el que se convierten en sujetos susceptibles de ser víctimas de una lesión derivada del funcionamiento de los servicios públicos⁸⁵.

En este sentido, puede ser ejemplo el artículo 35.4 de la LGT, que considera obligados tributarios a “las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”. Por tanto, si una comunidad de bienes es una unidad económica susceptible de imposición, y, en consecuencia, ostenta capacidad procesal ante el orden contencioso-administrativo⁸⁶, no tendría por qué denegársele capacidad de obrar en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial si, por ejemplo, en el marco de la relación tributaria se dicta un acto administrativo ilegal en detrimento suyo⁸⁷.

⁸⁴ Como he apuntado, *expresamente*, en el bien entendido que hasta la actual LPAC, el artículo 18 LJCA había reformado tácitamente el antiguo artículo 30 de la LRJPAC (equivalente al actual artículo 3 de la ley de procedimiento administrativo común). Así lo considera abiertamente José GARBERÍ LLOBREGAT, “Capacidad procesal”, *op. cit.*, pág. 198. Sin embargo, Eduardo ESPÍN TEMPLADO, “Capacidad Procesal”, en la obra coordinada por él mismo, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 119, considera carente de contenido propio el artículo 18 de la LJCA por su remisión a la LEC, así como, por la previsión de que dicha capacidad deba ser atribuida por ley.

⁸⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 54, no ve imposible “reconocer a estos entes sin personalidad jurídica capacidad para reclamar responsabilidad patrimonial por los daños que eventualmente les cause la Administración en esas concretas relaciones materiales en que se les permite ser parte, por ejemplo, cuando el daño derive de un acto administrativo del que son destinatarios”.

⁸⁶ La STSJ de Castilla y León de 5 de febrero de 2014 (ROJ 628/2014), Ponente: Ana María Victoria Martínez Olalla, señala que “una Comunidad de bienes es una entidad sin personalidad jurídica, pero a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es una unidad económica susceptible de imposición y, por tanto, susceptible de ser titular de obligaciones porque así lo reconoce una norma legal y, en consecuencia, con capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con arreglo al art. 18, párrafo segundo de la LJCA”.

⁸⁷ Como decía la STS, Sala Civil, de 8 de marzo de 1991 (ROJ 1369/1991), Ponente: Matías Malpica González Elipe, en relación con las comunidades de propietarios, “si la Ley no le atribuye específica condición de Persona Jurídica, no puede sin ofender la letra y espíritu de la Ley, negar la posibilidad de contraer derechos y obligaciones; ello sería incurrir en el absurdo de negar a las miríadas de comunidades existentes la posibilidad de obtener servicios, contratar modificaciones, adecuar los elementos comunes deteriorados por el uso cotidiano, etc.”.

La orientación mencionada parece haber sido acogida recientemente por la jurisprudencia, que se ha avenido a reconocer abiertamente la *capacidad de obrar* de las entidades sin personalidad jurídica en vía procesal. En efecto, la situación se esboza sobre dos secuencias. El art. 18.2 de la LRJCA reconoce la capacidad procesal de estas entidades de forma condicional, cuando así lo establezca una ley. Ahora bien, dicha previsión legal, se encuentra en el art. 7.6 de la LEC, cuando dispone que este tipo de entidades podrán comparecer en juicio⁸⁸, elemento interpretativo que se ha utilizado alguna vez para reconocerles la capacidad procesal (y, por extensión, la previa capacidad de obrar en vía administrativa) en procesos de reclamación de responsabilidad patrimonial⁸⁹.

2. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A. La proyección del régimen general de la representación en el entorno particular de la responsabilidad patrimonial

La asistencia y representación de los interesados constituyen un elemento esencial que forma parte de *la intervención de los interesados en el procedimiento administrativo* y así se ha observado desde hace décadas⁹⁰. Esta cuestión no ha decaído hoy en día, sino que, más bien al contrario, ha ido consolidándose con los avances pretendidos tanto en la legislación nacional como en los pasos dados en el ámbito de la Unión Europea (UE) hacia el pretendido procedimiento administrativo de la Unión. Esta fue la senda marcada por la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2013,

⁸⁸ STS de 3 de octubre de 2017 (ROJ 3509/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde: “[c]iertamente, la asociación recurrente podría ser una entidad sin personalidad jurídica. El artículo 18.2 de la Ley Jurisdiccional establece que ‘Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente’. Ahora bien, el artículo 7.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que ‘Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5.º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades’”.

⁸⁹ Es el caso de la STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2018 (ROJ 5469/2018), Ponente: María Luisa Pérez Borrat, que aplica la doctrina contenida en la STS citada en la nota anterior, pero acaba confirmando la inadmisión a trámite acordada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo por la falta de aportación del acuerdo para entablar acciones judiciales (caso que ya he tenido ocasión de analizar).

⁹⁰ En este sentido, Eduardo GAMERO CASADO, “Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo”, *RVAP*, núm. 114, mayo-agosto, 2019, págs. 69 a 72 o César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 185. El último de los autores realiza la significancia de la representación voluntaria aludiendo a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de septiembre de 1977, núm, (77) 31, *sobre la protección del individuo con respecto a los actos de la Administración*. Y cabe destacar que el tercer principio de la resolución contemplaba el principio de asistencia y representación conforme al que “el interesado debe disponer, si así lo estima, de la asistencia –técnica– necesaria, pudiendo servirse además de la representación para actuar en el seno del procedimiento administrativo”.

una iniciativa que significó el pistoletazo de salida de los avances más serios en materia de creación del procedimiento administrativo de la UE por parte de una de las altas instituciones europeas⁹¹. Una de las recomendaciones que incluye dicha Resolución, en relación con el derecho del interesado a ser oído, acaba apuntando que estos deberán tener la oportunidad de expresarse “*en caso necesario o si así lo deciden, con la asistencia de una persona de su elección*”. Posteriormente, también se introdujo la acepción de la representación en el Código de la Red de Investigación sobre Derecho Administrativo de la UE (*ReNEUAL*), que reconoce el derecho a ser representado “no solo por un abogado, sino por cualquier otra persona que se elija y que tenga capacidad de obrar en virtud de la legislación nacional”⁹².

En referencia a la legislación nacional, generalmente en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se van a aplicar las normas comunes que la LPAC establece en el artículo 5 de forma similar a como se fraguaba en el anterior artículo 32 de la LRJPAC, rigiendo, con voluntad continuista el principio de libertad de representación⁹³. Esto significa que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente podrá reclamar daños y perjuicios a la Administración por medio de representante según las reglas generales, representación que se acreditará por cualquier medio válido en Derecho⁹⁴ y

⁹¹ En concreto se trata de la Resolución del Parlamento Europeo, de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (2012/2024 (INL)). La finalidad del camino que se pretendió abrir con esta Resolución no fue otra que acabar con la desregulación del procedimiento administrativo en la UE, ya que ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha venido elaborando fácticamente los pasos a dar en Derecho para la configuración del procedimiento que sirve para la creación de la voluntad de las instituciones de la UE. El derecho a la defensa ha sido uno de los pilares esenciales de esta configuración. En este sentido, Isaac MARTÍN DELGADO, “El procedimiento administrativo en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea (RDUE)*, núm. 19, 2010, págs. 106-107.

⁹² ReNEUAL corresponde a las siglas en inglés de *Research Network on EU Administrative Law*. El grupo se ha encargado de elaborar un Código del procedimiento administrativo de la UE que viene a plasmar unas normas modelo destinadas a las Instituciones de la UE. Más información en la obra dirigida por Oriol MIR PUIGPELAT, Jens-Peter SCHNEIDER, Herwig C.H. HOFMANN, Jaques ZILLER y otros, *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015.

⁹³ Juan ROSA MORENO, “Los sujetos del procedimiento administrativo común (los interesados): capacidad, legitimación y actuación”, en el manual coordinado por José GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 656 y 657, explica que el principio de libertad de representación en concurrencia con el ejercicio profesional no puede tener límite alguno en relación con una hipotética imposición de colegiación al representante, en base a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo.

⁹⁴ Las SSAN de 19 de julio de 2005 (ROJ 4034/2005 y 7574/2005), Ponente: Francisco Díaz Fraile, desestimaron un recurso contencioso-administrativo en reclamación de responsabilidad patrimonial al Ministerio del Interior por la incorrecta representación en el procedimiento administrativo de la agrupación interesada. Se trata de un par de supuestos en los que los abogados del Partido Latinoamericano-Hispano reclamaban responsabilidad patrimonial a la AGE en nombre del mismo, mediante la aportación de un documento privado, sin subsanar dicho defecto tras el pertinente requerimiento por parte de la Administración.

Ante tal perspectiva, la Audiencia Nacional recordó a los recurrentes que para formular solicitudes se debe acreditar la representación por cualquier medio válido en Derecho –tal y como a día de hoy sigue señalando la ley del procedimiento administrativo en su artículo 5.4–. Dicho medio válido en derecho podría ser la representación por medio de la oportuna escritura pública, mediante la legitimación de las

teniendo en cuenta la revisión de los propios sistemas de representación como consecuencia del impacto que significó el uso de los medios electrónicos⁹⁵.

B. La acreditación de la representación y las consecuencias de su inexistencia

La principal novedad en cuanto a la forma de acreditación deriva de la que se puede considerar como medida estrella de la nueva LPAC, *la implementación de la Administración electrónica*. Y es que será válido el apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica⁹⁶ o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente⁹⁷. Lo anterior tan solo implica que el administrado podrá interactuar con la Administración a través de Internet con la finalidad de otorgar representación a cualquier otra persona. Sin embargo, si el interesado es uno de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, o lo es su representante (cuestión más que probable)⁹⁸ –según el

firmas de los documentos privados presentados, o incluso la comparecencia personal del interesado, pero en ningún caso un simple documento privado, según se encarga de sancionar la Audiencia Nacional en las resoluciones citadas.

Sin perjuicio de que dichos medios de representación siguen siendo válidos tras la Ley 39/2015, deberá tenerse en cuenta la ampliación del abanico de posibilidades que ofrece el nuevo artículo 5.4 de la misma, y que se destacan en la nota siguiente.

⁹⁵ Eduardo GAMERO CASADO, “Representación y apoderamiento...”, *op. cit.*, págs. 73 a 75, apunta que las principales formas de acreditar la representación de conformidad con la LPAC (aparte de “cualquier medio válido en Derecho”) son las siguientes: a) el poder *apud acta* por comparecencia personal; b) el poder *apud acta* por comparecencia en las oficinas de asistencia en materia de registros; c) poder otorgado en el registro electrónico de apoderamientos; y d) poder *apud acta* por comparecencia electrónica. En este caso, igual que se apunta en la nota anterior, el autor insiste en que no ostenta *constancia fidedigna* el poder extendido en documento privado, con lo cual, dichos documentos ampliamente utilizados por determinados colectivos profesionales de asesoramiento y representación “carecen de eficacia en orden a articular válidamente la representación ante las Administraciones públicas”.

⁹⁶ Por sede electrónica podemos entender el domicilio de una Administración cualquiera en internet, ya se trate de la Agencia Española de la Administración Tributaria (AEAT) o del Ayuntamiento del municipio en el que el interesado reside. La finalidad de la sede electrónica es realizar una organización de datos y servicios administrativos fácilmente utilizables por los administrados, en la línea conceptual definida por Alfonso MASUCCI, “Innovación administrativa y administración digital. La iniciación del procedimiento administrativo por la vía telemática en la experiencia italiana”, *Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, núm. 177-200, 2011, págs. 178-179. Sobre la regulación de la sede electrónica, véase el artículo 38 de la LRJSP.

⁹⁷ El registro electrónico de apoderamientos se postula como el sitio web dirigido al administrado para la designación de representante voluntario en la vía administrativa electrónica.

⁹⁸ El artículo 14 LPAC impone la obligación de utilizar los medios electrónicos para comunicarse con la Administración a los siguientes sujetos: las personas jurídicas; las entidades sin personalidad jurídica; los sujetos que para desarrollar su actividad profesional se les requiera colegiación (con inclusión de los notarios y registradores); quienes representen a un interesado obligado a la relación electrónica; y los empleados de las Administraciones Públicas. Ello sin perjuicio de la posible ampliación del abanico de los sujetos obligados que podrá imponer la Administración por la vía reglamentaria según el art. 14.3. La cuestión es que la mayoría de los operadores jurídicos que normalmente actuarán ante las Administraciones Públicas necesitarán estar colegiados para desarrollar su actividad. Es así el caso de los abogados (art. 11 del Estatuto General de la Abogacía Española), gestores administrativos (según el art. 6 del Estatuto Orgánico de la Profesión de Gestor Administrativo), etc.

artículo 14 LPAC– deberá realizar el trámite del procedimiento de responsabilidad patrimonial *por vía electrónica*. Cabe advertir, sin embargo, que al no ser objeto de este trabajo analizar a fondo las cuestiones relativas a la Administración electrónica, me limitaré a contrapesar algunos elementos puntuales tocantes a la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial que se analizarán a lo largo del presente trabajo.

Una vez que el interesado manifiesta su voluntad de actuar por medio de representante se producirá una vinculación de las comunicaciones con este último, lo que significa que se entenderán con él las actuaciones administrativas, salvo renuncia expresa del representado. El representante puede ser tanto una persona física como una persona jurídica⁹⁹, sin necesidad de ostentar cualidad alguna¹⁰⁰, aunque sea recomendable en muchas situaciones¹⁰¹.

El artículo 5.3 de la LPAC –de forma similar a como se regulaba en la anterior LRJPAC– despliega los momentos procedimentales en los que va a ser necesaria la acreditación de la representación. Dicha necesidad de acreditación se sustenta por la diferenciación entre los actos de trámite cualificados, para la realización de los cuales deberá acreditarse la representación; de los actos y gestiones de mero trámite, para los que se presumirá la misma. En el terreno de la responsabilidad patrimonial, en primer lugar, será menester acreditar la representación para formular la reclamación conforme lo estipulado en el artículo 66, en convergencia con el 67 de la LPAC¹⁰².

⁹⁹ En caso de tratarse de persona jurídica como representante, el artículo 5.2 de la LPAC requiere que los Estatutos de esta prevean dicha función. En el mismo sentido lo recuerda José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO, “La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: cuestiones generales”, Diario La Ley, núm. 8841, 11 de octubre de 2016.

¹⁰⁰ Aunque la tradición de la legislación sobre procedimiento administrativo común en España ha sido la de indiferencia hacia la condición que deba tener el representante –de forma contraria que la legislación procesal contencioso-administrativa–, no es menos cierto que alguna normativa específica ha exigido en ciertas ocasiones una condición concreta para el representante en vía administrativa. Así lo explica Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La representación de los interesados en la ley de procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 52, 1967, págs. 16 y ss., sobre el antiguo Decreto de 26 de noviembre de 1959 por el que se aprobaba el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas. Su artículo 38 consideraba como requisito la intervención de Abogado en caso de que se dieran varias circunstancias especiales, lo cual tiene un estatus de recuerdo meramente anecdótico a día de hoy. Sin embargo, como explica Juan ROSA MORENO, “Los sujetos del procedimiento administrativo común...”, *loc. cit.*, el TS ya marcó las pautas hacia la libertad de representación en el sentido de que este principio “no puede ser limitado o coartado de ninguna forma, ni siquiera imponiendo a los representantes exigencias de colegiación (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6ª 29-01-92, 2ª 04-05-92, 3ª 19-01-96)”.

¹⁰¹ Es muy habitual –como iremos viendo a lo largo del presente trabajo– que lo tramitado durante el procedimiento administrativo repercuta de una forma u otra en el posterior proceso contencioso-administrativo. En consecuencia, es necesario ser consciente de que la defensa técnica la deberían llevar aquellas personas preparadas jurídicamente para tal fin.

¹⁰² Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 60, sostiene que no cabe duda de que la reclamación de responsabilidad patrimonial es un tipo de solicitud. Por mucho que dicha afirmación sea evidente, en mi opinión, y como pondré de manifiesto en el siguiente capítulo, es cada vez más parecida a la demanda judicial, por mucho que su naturaleza jurídica sea de solicitud administrativa.

Lo cierto es que la analogía que puede existir entre una reclamación de responsabilidad patrimonial según se configura en estos dos artículos¹⁰³ y el planteamiento de un hipotético recurso contencioso-administrativo y/o demanda, no sólo me lleva a recomendar la asistencia de un defensor jurídico o técnico en la vía administrativa previa, sino que éste deba acreditarse, con la finalidad de blindar cualquier otra actuación no autorizada directamente por el presunto perjudicado. Precisamente una supuesta falta de representación del actuante en nombre de otro no tiene tratamiento procedimental alguno en caso de falta de acreditación en caso de que esta fuere insuficiente¹⁰⁴ tras el pertinente requerimiento de subsanación acorde con el artículo 5.6 LPAC. En caso de no ser atendido por el reclamante el requerimiento de subsanación, la Administración debería dictar y notificar una resolución que declare el desistimiento de la petición, siguiendo lo dispuesto en el art. 94 LPAC, y que, al parecer, es una situación que se presenta más de lo pensado¹⁰⁵.

En la misma línea también se debe tener en cuenta la posibilidad de inferir consecuencias negativas por la falta de acreditación o su defectuosidad cuando sólo queda acreditada la representación de alguno de los reclamantes. En este sentido REBOLLO PUIG menciona la STS de 19 de mayo de 2011 que, al mismo tiempo, califica de “demasiado formalista y severa”¹⁰⁶. En dicha sentencia se resolvió en sentido de no aceptar la legitimación de la madre por la pérdida de la hija a causa de su falta de constancia en el poder que acredita la voluntad de litigar. Lo cierto es que dicho poder fue otorgado por el padre, que a su vez actuó en la vía administrativa previa en nombre y representación de la madre, hecho que intentó hacer valer también en la vía procesal sin éxito¹⁰⁷.

¹⁰³ Véase el capítulo 2, relativo a la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

¹⁰⁴ Lo pone de manifiesto Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*, Colex, San Fernando de Henares, 2012, págs. 85-86, tras lo que señala como posible solución el tener al interesado por desistido conforme el artículo 71 de la antigua LRJPAC, el actual artículo 94 de la LPAC. Considero que tiene sentido dicho planteamiento en tanto en cuanto el desistimiento es considerado como la renuncia por parte del interesado de sus derechos. En caso de que el representante no pueda acreditar su condición será razonable tener al representado por desistido tras el preceptivo – claro está– requerimiento de subsanación conforme el apartado 6 del artículo 5 de la LPAC.

¹⁰⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 62, con base también en lo dispuesto en la Memoria del Consejo de Estado de 2005, que además se refiere a la falta de acreditación de la representación como una de las “patologías jurídicas” frecuentes en el ordenamiento administrativo de responsabilidad patrimonial”.

¹⁰⁶ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 60. Se refiere el autor a la STS de 19 de mayo de 2011 (ROJ 2981/2011), Ponente: Antonio Martí García.

¹⁰⁷ El Tribunal Supremo recordó a los recurrentes que el instrumento legal a través del cual se presta tutela judicial debe pasar por el cumplimiento de unos presupuestos procesales básicos que suponga una manifestación expresa de la voluntad de iniciar el proceso por quien ostenta legitimación para ello. En la misma línea recordó el ATC núm. 296/2006, de 6 de septiembre, que, refiriéndose a la actuación procesal, manifestaba lo siguiente: “es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través de instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3), o del poder apud acta (STC 205/2001, FJ 5)”.

El segundo supuesto de la obligatoriedad de acreditar la representación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial reside en el momento de “desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona”. Si bien el legislador ha incorporado como acto de trámite cualificado a efectos de acreditación de la representación estas dos formas de provocar el fin del procedimiento, no estaría de más sopesar la llamada terminación convencional o acuerdo indemnizatorio como tal. Y es que no se puede entender que deba acreditarse la representación para llevar a cabo un desistimiento de la reclamación, pero no para alcanzar un acuerdo indemnizatorio, ya que éste debería implicar el beneplácito expreso del representado, aunque fuere por la vía de la acreditación de la representación.

C. El deber de la Administración de requerir la subsanación del poder de representación

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, conforme al artículo 5.6 LPAC el órgano administrativo tramitador deberá conceder un plazo de diez días –ampliable si las circunstancias lo requieren– para el caso de la falta o insuficiente acreditación de la representación. El hecho de que la LPAC utilice la expresión “*deberá*”, dota de tono imperativo al mandato dirigido a la Administración en el sentido que estará obligada a dictar y notificar al reclamante un acto que le advierta y requiera de la necesaria subsanación. Por tanto, no será dejada esta actuación al amparo de una supuesta *buena fe* de la Administración, lo que significa que su omisión deberá provocar la retrotracción de las actuaciones administrativas al momento en que se debió realizar dicho requerimiento.

El efecto de la falta de dicho requerimiento ya ha sido tratado por la jurisprudencia menor, aunque en otros asuntos, como por ejemplo relativos a la extranjería, pero que es perfectamente trasladable a la responsabilidad patrimonial y a cualquier otro procedimiento administrativo¹⁰⁸. Dicha sentencia contemplaba la obligatoriedad de la Administración de requerir a los interesados tanto si las solicitudes no se acompañan de alguno de los documentos preceptivos como si se detecta cualquier fallo o deficiencia en la misma en aras del anterior artículo 32.4 de la LRJPAC, “como puede ser aportar un documento inadecuado para acreditar alguno de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ En el caso de la STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2008 (ROJ 26033/2008), Ponente: María Teresa Sofía Delgado Velasco.

¹⁰⁹ En el mismo sentido resolvió previamente la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de marzo de 2008 (ROJ 1934/2008), Ponente: María Inmaculada Revuelta Pérez.

V. LA LEGITIMACIÓN DE LOS PRESUNTOS LESIONADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: SOBRE SU CONDICIÓN DE INTERESADOS

La regla general es que la nota esencial de la *legitimación*, o lo que es lo mismo, de la obtención del carácter de *interesado*, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial implica un vínculo entre el sujeto víctima de un daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos y el objeto del procedimiento, es decir, el ejercicio del derecho al reconocimiento de una indemnización para el propio perjudicado¹¹⁰. Ello se deriva de la necesaria conexión entre el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32.1 de la LRJSP.

Con la LRJPAC llegó la ampliación por vía de derecho positivo del concepto de interesado en el procedimiento administrativo a causa de la supresión del carácter personal y directo del interés que la anterior legislación del procedimiento regulaba¹¹¹, situación que se ha mantenido con la actual LPAC. Con el paso del tiempo y, al mismo tiempo, la natural evolución del ordenamiento jurídico, tanto el TC como el TS han contribuido a la creación de una holgada y abstracta terminología de la legitimación en el proceso que es equiparable a la figura del interesado en el procedimiento¹¹². Pero antes de adentrarme en el abrupto terreno al que acabo de abrir las puertas, considero necesario no rehuir precisamente –como cuestión previa– el eterno debate sobre la

¹¹⁰ La doctrina suele contemplar al interesado como legitimado más allá del mero paralelismo que ambas figuras pueden poseer. Lo expresa así César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 146, al especificar que los interesados adquirirán la condición como tal cuando acrediten un *interés legitimador* derivado de la posesión de una titularidad cualificada jurídicamente relevante conectado con el objeto del asunto. Ello refiere al esquema de la *legitimación subjetiva*, en el sentido que debe ser el propio interesado afectado por dicha situación, y no un mero defensor de la legalidad (*legitimación objetiva*). De igual modo se postulan Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 922 al referirse a la legitimación como una “especial posición del sujeto respecto del acto que ha de dictarse en el procedimiento”; Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 65; Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos...*, *op. cit.*, pág. 84; Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Manual de Derecho administrativo. Parte General*, Atelier, Barcelona, 2013, pág. 361.

¹¹¹ Sobre estos parámetros se puede ver César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 147 y ss., que explica el paso del interés *directo* al interés *legítimo* a raíz de la jurisprudencia del TS de las décadas de los sesenta y setenta, que tuvo su culminación en la LRJPAC primero y luego en la LRJCA. El interés directo se entendía limitado a aquéllos que hubieran sufrido una lesión directa en su patrimonio jurídico, “en el sentido que dicha alteración de su esfera vital fuese consecuencia inmediata, y no refleja, del acto impugnado”.

¹¹² Es habitual encontrar en el archivo jurisprudencial español, tradicional o más moderno, afirmaciones como la siguiente: “[n]uestra jurisprudencia (sentencia de 23 de abril de 2015, recurso de casación 6154/2002 y sentencia de 31 de mayo de 2006, recurso 38/2004) ha señalado al respecto, bien que orientado a la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa –pero aplicable igualmente al ámbito que ahora nos ocupa del procedimiento administrativo– (...)”. Esta afirmación fue recogida en la STS de 16 de junio de 2016 (ROJ 3559/2016), Ponente: Rafael Toledano Cantero.

Dicha situación se muestra también en lo que al ámbito doctrinal se refiere, existiendo una mayoría de autores que consideran una senda paralela aquélla seguida por los conceptos de interesado y legitimado, como a lo largo del presente capítulo se pondrá de manifiesto.

condición antitética, o bien, paralela, del interesado en el procedimiento y el legitimado en el proceso y su posible conexión a efectos de complementar el sistema del procedimiento administrativo.

1. EL PARALELISMO ENTRE EL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL LEGITIMADO EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es cierto que el paralelismo entre el procedimiento administrativo y el legitimado en el proceso contencioso-administrativo viene siendo un tanto tendencioso. Pero es que, pese a no tratarse de una misma institución jurídica¹¹³, una parte nada insignificante de la doctrina procedimentalista –como consecuencia de la jurisprudencia del TC y TS– tiende a normalizar la equiparación entre los mismos significados, formando una conexión nada irrelevante¹¹⁴.

A. Tratamiento doctrinal del binomio interesado-legitimado

Es normal, por tanto, que el haz de características diseñadas para reconocer la legitimación en el proceso, sean puestas de manifiesto por los profesores administrativistas para explicar la participación de aquéllos que ostentan un derecho o interés legítimo en el procedimiento administrativo. Es ejemplificativa la mención que realiza CIERCO SEIRA sobre la doctrina constitucional que forjó una concordancia perfecta entre legitimado e interesado, en aras, precisamente de la antedicha ampliación de los cauces legitimarios. A tenor de lo expuesto, señala que el máximo intérprete de la Constitución ha venido reafirmando en “la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa

¹¹³ Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “Las partes en el proceso contencioso-administrativo”, *op. cit.*, pág. 287, sostiene, en base en la STS de 4 de febrero de 2002 (ROJ 659/2002), Ponente: Rafael Fernández Montalvo, que la legitimación procesal no es coincidente con la legitimación procedimental, ya que, pese a que la jurisprudencia haya dejado sentado que la condición de interesado en el procedimiento es suficiente para entender la posterior categoría del legitimado en el proceso derivado del mismo, no es condición necesaria. Ello porque el que no tuvo previamente la condición de interesado en el procedimiento, sí puede serle reconocido interés suficiente para deducir la correspondiente pretensión procesal. En un sentido similar se explica Juan ROSA MORENO, “Los sujetos del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, págs. 660 y ss.

Lo cierto es que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, y como norma general, el hecho de la exigibilidad como requisito pre-procesal de la reclamación administrativa previa, en aras del artículo 25 de la LJCA en conexión con el art. 114.1 e) de la LPAC, dificulta seriamente el acceso a la jurisdicción a quien no haya formado parte del expediente administrativo originario como interesado. Dicha dificultad añadida supone el fortalecimiento del vínculo interesado-legitimado en el perímetro de la responsabilidad de los poderes públicos.

¹¹⁴ Precisamente esta conexión es la que pretendo defender como necesaria a efectos de perfilar un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial a la luz del proceso. Y es que es pacífica entre la doctrina su aplicación como a continuación se verá. Pero a modo de ejemplo tenemos a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 936, que afirman de forma indiscutible que el TS, “[r]efiriéndose a la legitimación procesal –doctrina aplicable al procedimiento administrativo, tanto en vía de primera decisión como de recurso– (...)”.

para acceder a los procesos judiciales”, a raíz de la STC de 25 de febrero de 1987¹¹⁵ razonamientos procesales que, *a posteriori*, el TS extendió al ámbito procedimental.

En lo que para el mencionado autor significó “una adecuada y a nuestro juicio necesaria sintonía entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo”, en orden a la interpretación del interés directo y su evolución hacia el interés legítimo. Pese a ser sólo un ejemplo, se puede observar que la revestida equiparación entre ambas fases resulta necesaria para no menoscabar el sentido de la justicia administrativa en su vertiente más amplia, desvinculando una fase de otra y entorpeciendo así la defensa de los intereses del sujeto perjudicado¹¹⁶. Esta última perspectiva no tendría mucho sentido en la actualidad, al tener en consideración la influencia que el proceso y sus normas ejercen sobre el procedimiento administrativo y, más concretamente, sobre el procedimiento de responsabilidad particularmente, lo que es objeto de estudio en otro lugar del presente trabajo. La tendencia de la sombra del proceso sobre el procedimiento se podría denominar *la judicialización de la reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial*¹¹⁷. Si se le suma el fenómeno de las conexiones que encuentra uno y otro ámbito, siendo que en muchas ocasiones la marcha del proceso queda condicionada por el desarrollo del procedimiento administrativo previo (causa-efecto que la jurisprudencia ha sistematizado en este ámbito)¹¹⁸, la defensa de una separación absoluta entre las vicisitudes de ambas fases quedaría de por sí reducida.

A la vista del debate introducido, cabe tenerse en cuenta que los máximos exponentes doctrinales en el ámbito objeto de estudio suelen apuntar en esta dirección, así como lo hacen Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO¹¹⁹, Juan José Díez

¹¹⁵ STC de 25 de febrero de 1987, núm. 24/1987, Ponente: Eugenio Díaz Eimil.

¹¹⁶ Suscribo lo expuesto por César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág.146, al indicar la necesaria armonía entre los dos sistemas: “(...) se cimienta sobre la existencia de un interés legitimador un interés legitimador común. De manera que no habrá que superar diferentes baremos normativos de legitimación en las sucesivas sedes de tutela –administrativa y contencioso-administrativa–, sino que, por el contrario, existe un verdadero *continuum* en la exigencia de una situación subjetiva cualificada para ser parte, primero en el procedimiento y luego en el proceso”.

¹¹⁷ A mayor abundamiento, véase el epígrafe 3 B. del presente trabajo.

¹¹⁸ *Ídem*.

¹¹⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 917. Sin perjuicio de que los dos autores suelen equiparar, por lo general, las dos situaciones, es habitual que con especial inercia refuercen la línea jurisprudencial para determinar el paralelismo entre interesado y legitimado. Por ejemplo, al decir que: “[l]a jurisprudencia contencioso-administrativa, al referirse a la legitimación procesal, ha exigido que el interés sea actual (SS. 5 de enero de 1997. Ar. 541 y 27 de noviembre de 2001. Ar. 165 de 2000) y real (SS. 6 y 7 de junio de 2000. Ar. 5730 y 6236), exigencia que puede referirse asimismo a la legitimación para intervenir en un procedimiento administrativo”.

SÁNCHEZ¹²⁰, Manuel REBOLLO PUIG¹²¹, Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ DIEZMA ¹²² o Francisco Javier JIMÉNEZ LECHUGA¹²³, al percibir la estrecha relación entre participación, como interesado en el procedimiento y legitimación *strictu sensu*, como legitimado para ejercer la acción procesal.

De otro lado, encontramos, recientemente, un sector doctrinal más crítico con el automatismo de reconocer la legitimación procesal en todo caso cuando la Administración ha estimado –de forma expresa o tácita– previamente la condición de interesado en un determinado sujeto. Los ejemplos más clarificadores son MORENO FUENTES o BOTO ÁLVAREZ¹²⁴. En especial el primero, en tanto en cuanto enarbola una crítica

¹²⁰ Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común, loc. cit.*, se posiciona en el mismo sentido que César CIERCO SEIRA, respecto a la extensión de lo señalado por el TC con razón en el proceso a aquello aplicable en el procedimiento administrativo: “El TC en diferentes resoluciones relacionadas con planteamientos controvertidos en torno a la legitimación, esencialmente en el proceso contencioso-administrativo, ha sentado las pautas interpretativas a este respecto. Si bien no hay en ninguna de ellas alusión expresa al procedimiento, nada obsta para extender a él las precisiones relativas al proceso, por cuanto la problemática de una y otra institución es en este punto de la misma identidad”. Posicionamiento que en mi opinión es correcto para mayor concreción de la seguridad jurídica del administrado en lo que es la justicia administrativa.

¹²¹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, págs. 65-66, específicamente en el ámbito del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, equipara procedimiento y proceso al señalar que “[e]n el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, al igual que en el posterior contencioso-administrativo con el mismo objeto, tiene legitimación y, consecuentemente, facultad para ser parte en un determinado procedimiento administrativo y en el proceso judicial posterior, para entablarlos, para conducirlos eficazmente y para obtener una resolución sobre el fondo del asunto concreto ante todo quien reclama una indemnización para sí”.

¹²² Desde un prisma judicial y como fruto de un análisis de la categoría de la legitimación según el magistrado Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ DIEZMA, “Criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de legitimación en el recurso contencioso-administrativo. En especial, la tutela de intereses colectivos”, en la obra dirigida por Francisco José SOSPEDRA NAVAS, *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, 2006, pág. 221 considera conveniente “[e]n este punto recordar, que es jurisprudencia invertebrada aquélla en cuya virtud se reconoce en vía contencioso-administrativa la legitimación previamente reconocida en vía administrativa, lo que implica, obviamente, que una vez constatada esta sucesión no hay porqué realizar más precisiones”.

¹²³ Aunque no de manera determinante, sí que se refiere el autor a lo sostenido por Antonio AGÚNDEZ FERNÁNDEZ y por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en relación con la analogía que existe entre el concepto de interesado –propio del procedimiento administrativo– y el concepto de legitimado –propio del proceso contencioso-administrativo–, dándolo por válido. Sólo el primero de ellos matiza escasamente dicha analogía, pero sin que las salvedades sean de gran impacto sobre la globalidad de los conceptos. Para más detalles véase el análisis hecho por Francisco Javier JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 284 a 286.

¹²⁴ Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “Las partes en el proceso contencioso-administrativo”, *loc. cit.*, en cuanto defiende el no paralelismo entre legitimación y participación.

En el ámbito de la carrera judicial también apostaba por la desvinculación conceptual de los dos elementos José María REYES MONTERREAL, “Reconocimiento de la personalidad por la administración y la posterior impugnación por esta en vía contenciosa”, *RAP*, núms. 100-102, enero-diciembre, 1983, conforme a la posición materializada en que la conducta administrativa reconocedora –o al menos pasiva– de la legitimación del administrado, no puede vincular a los Tribunales. También realizaba una comparativa entre las posiciones de la época respecto a este tema. En el mismo colocaba, curiosamente, a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en el bando de la no vinculación de los jueces por la legitimación tolerada por la Administración, mientras en la más reciente actualidad, tal y como he explicado en líneas anteriores, el

con un carácter muy marcado hacia la desvinculación, al menos, técnica, del binomio interesado-legitimado. Las alegaciones del autor giran en torno a que el juez debe ponderar por sí mismo la existencia o falta de legitimación procesal, mediante la debida motivación y en base a su propia independencia como órgano jurisdiccional, desmarcándose así de la estricta aplicación de la doctrina de los actos propios¹²⁵. Ya que la afectación del derecho subjetivo o interés legítimo es distinta según en qué cauce secuencial de deliberación se halle el debate, o, dicho de otra manera, según si se tiene carácter reaccional o no¹²⁶.

La posición defendida por el autor, en otras palabras, se traduce en que en el seno del procedimiento administrativo se adquiere la condición de interesado a causa de la potencial afectación de un derecho o interés como consecuencia natural de la actuación administrativa. Mientras, contrariamente, en sede jurisdiccional, dicha afectación ya no es meramente hipotética, sino que la fuerza del *imperium*¹²⁷ ya ha incidido de alguna forma u otra en la esfera jurídica del sujeto afectado y que, a su vez, pretende una reversión de la situación¹²⁸.

Con la finalidad de entender un posicionamiento u otro en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, es menester conocer el punto inicial del debate. La teoría de *la reacción del interesado* guarda especial relación precisamente con otra dualidad

distinguido jurista es más propicio a aceptar las consecuencias naturales de la relación *causa-efecto* entre lo reconocido en el procedimiento administrativo y lo posteriormente discutido a continuación, en sede procesal.

¹²⁵ La doctrina de los actos propios jurisprudencialmente edificada en el seno de la legitimación consiste en que la Administración no puede aducir la inexistencia de legitimación que ella misma ha admitido previamente, de forma expresa o tácita, en el procedimiento administrativo. Son ejemplos de la mencionada postura jurisprudencial las SSTs de 13 de febrero de 1980 (ROJ 3192/1980), Ponente: Víctor Serván Mur; de 21 de diciembre de 2000 (ROJ 9531/2000), Ponente: Jaime Rouanet Moscardó; de 22 de abril de 2002 (ROJ 2847/2002), de 9 de marzo de 2006 (ROJ 1603/2006), Ponente: Mariano Baena del Alcázar; o de 12 de noviembre de 2007 (ROJ 8174/2007), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; entre muchas otras.

¹²⁶ Rodrigo MORENO FUENTES, "Legitimación versus participación: dos ejemplos contradictorios en el derecho positivo con ocasión de la defensa de intereses colectivos", en la obra colectiva dirigida por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Eloísa CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, págs. 617-621.

¹²⁷ *Imperium* fue la expresión utilizada por Jesús Florentino FUEYO ÁLVAREZ, "La doctrina de la Administración «de facto»", *RAP*, núm. 2, mayo-agosto, 1950, pág. 36, hace bastante más de medio siglo, en referencia a la actividad administrativa.

¹²⁸ Rodrigo MORENO FUENTES, "Legitimación versus participación...", *loc. cit.*, en base a la doctrina del carácter *reaccional* del proceso y *no reaccional* del procedimiento, seguida a instancia de la doctrina de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ.

En sentido similar lo dedujo Elisenda MARALET I GARCIA, "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en la obra colectiva coordinada por Joaquín TORNOS MAS, *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 316-317. Entiende que la influencia del proceso en la participación procedimental se complica por razón de que en el procedimiento administrativo aún no existe decisión. Y muestra también sus dudas acerca de la diferenciación legitimación-interesado en los casos de relación bilateral de carácter individual o simple participación.

jurídica polémica: la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Si bien se tiene una cierta costumbre de equiparación de las dos categorías, también hay posicionamientos contundentes en defensa de la diferenciación.

Es exponente LÓPEZ BENÍTEZ, que aun aceptando “que no siempre resulta fácil determinar en la práctica si un sujeto, cuando ejercita una acción, aparece investido de un derecho subjetivo típico o de un interés legítimo”, defiende enérgicamente la postura hacia la diferenciación de las dos categorías¹²⁹. En efecto, y sin pretender entrar a fondo, ni mucho menos, en lo que desde antaño viene siendo un prolijo debate doctrinal¹³⁰ – por no ser objeto de este trabajo–, plasma varios planos diferenciadores de ambas categorías, de entre los cuales, sobresale una idea matriz. No es otra que la distinción derecho-interés a partir del *criterio de antedecencia* en contraposición con el de *actualidad*. Concretamente el primero responde al derecho subjetivo, que es aquél que de forma previa ya se encuentra definido en una norma, acto o resolución, y, en cambio, el segundo refiere al interés legítimo, que se perfila a partir de una determinada actuación administrativa que “lo lesiona o se inmiscuye en el círculo vital del administrado”¹³¹.

Y es precisamente la naturaleza disímil de los conceptos derecho-interés, en cuanto a la acción de reacción, la que lleva al anterior sector doctrinal a defender la diferencial dualidad entre interesado-legitimado. Es decir –volviendo a la idea de partida de MORENO FUENTES–, que en vía procedimental aún no se ha afectado ningún derecho subjetivo o interés legítimo, orbitando el mismo en la esfera de la potencialidad, mientras que en el proceso jurisdiccional sí que ya ha habido un derecho subjetivo o interés legítimo contra el que se quiere *reaccionar*.

Pero dichos argumentos, además de no compartirlos por lo general, debo decir que no encajan en la esfera del procedimiento administrativo para exigir responsabilidad patrimonial administrativa, de terceros o conjunta. El problema radica en la configuración, como norma general, del procedimiento de responsabilidad patrimonial en vía administrativa como obligatorio y cumpliendo una función de

¹²⁹ Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Concepto y funcionalidad de la noción de «interesado» en el ámbito del derecho administrativo español”, en la obra colectiva dirigida por Eloísa CARBONELL PORRAS y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 187 a 205.

¹³⁰ Solventado por lo que se considera todo un legado que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ha dejado en la materia, y especialmente en el supuesto de la elaboración exegética del *derecho subjetivo reaccional*. Véase para mayor abundamiento Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 35 y siguientes.

¹³¹ Ciertamente el profesor LÓPEZ BENÍTEZ realiza una ponderación bastante prudente en cuanto a la diferenciación de los dos conceptos, a sabiendas de la complejidad práctica que eso pueda desarrollar, vid. “Concepto y funcionalidad de la noción...”, *op. cit.*, pág. 202. Las diferencias que señala en este orden responden a teorías que se sostienen a partir de una misma columna vertebral, que no es otra que la distinción entre el criterio de antedecencia –a partir del que explica el derecho subjetivo– y el criterio de actualidad y singularidad –que responde al interés legítimo–.

presupuesto procesal¹³², sin olvidar la conocida excepción de la reclamación por daños provocados por acto administrativo.

En efecto, y desde la perspectiva de los interesados, el artículo 114 de la LPAC bautiza la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial como finalizadora de la vía administrativa. A esto se le debe añadir el punto vinculante con el artículo 25.1 de la LJCA, que exige como requisito de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo la impugnación de actos que agoten la vía administrativa. De otro lado, desde la perspectiva pública, en caso de no seguirse el procedimiento común con las especialidades previstas para estos supuestos, entrarían en juego los preceptos relativos a la nulidad o anulabilidad de los artículos 47 y 48 de la LPAC¹³³.

Ello implica que la participación del interesado en este ámbito se desenvuelva ya con un carácter nítidamente reaccional, en tanto en cuanto el reclamante reacciona contra un determinado funcionamiento de los servicios públicos que previamente le ha causado una presunta lesión¹³⁴ y, al ser la reclamación administrativa un requisito pre-procesal, no tiene más remedio que intentar conseguir la reparación del daño por esta vía y cumplir así con uno de los requisitos para acceder a la jurisdicción. Dicho de otra manera, la Administración ya ha menoscabado algún derecho subjetivo del reclamante o ha penetrado en su esfera vital –interés legítimo–, provocando la reacción de éste en forma de petición de responsabilidades al compás de la batuta legal: primero en el procedimiento y luego, si fuere necesario, en el proceso.

Siguiendo este razonamiento, no es óbice, en el supuesto de la responsabilidad patrimonial, comprender el interés legítimo como una clase de derecho subjetivo, que

¹³² Así lo califica Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, en el manual colectivo coordinado por Anabelén CASARES MARCOS y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, con base en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que necesita “fabricar un acto administrativo” con el que el interesado esté en desacuerdo. La teorización de dicho argumento se halla en la obra de Avelino BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1985, 212.

¹³³ Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 48, mayo-agosto, 1997, pág. 83, tildaba el procedimiento como especial que se debía seguir en todo caso y apreciando como efectos en caso de omisión de tramitación los efectos de nulidad o anulabilidad de los entonces vigentes artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992.

¹³⁴ Para que se pueda hablar de lesión indemnizable como materialización de la responsabilidad civil de la Administración se deben cumplir nítidamente los presupuestos requeridos por el art. 32 de la LRJSP. Sin perjuicio de ello, el artículo 67.2 de la LPAC exige la justificación y prueba de la conformación de esos presupuestos como colofón de la solicitud de iniciación del procedimiento. Incluso algún autor como Andrés E. NAVARRO MUNUERA, “La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en la obra coordinada por Joaquín TORNOS MAS, *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 524, ha considerado que es el cumplimiento del presupuesto negativo de la responsabilidad patrimonial –esto es, la juridicidad o licitud del daño– el que legitiman el perjuicio como tal.

a su vez comporta una canalización procesal o procedimental a través del requisito de legitimación en sentido amplio entendida¹³⁵. Eso es así en tanto que una actuación administrativa ha podido causar un daño al administrado que, a partir de ese momento, se convertirá en reclamante de responsabilidad patrimonial. Me refiero a la actuación administrativa como reflejo de la regla general en materia de reclamación de responsabilidad civil de los poderes públicos, esto es, cuando el perjudicado deba iniciar un procedimiento administrativo de reclamación con la finalidad de causar estado en la vía administrativa y poder acceder *a posteriori* a la jurisdicción.

Pero también se deben tener en cuenta las excepciones a esta regla general, es decir las actuaciones administrativas que evitan el procedimiento y, por tanto, abren la veda a la solicitud de responsabilidad por primera vez *a limine litis*, es decir, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Estos supuestos responden a tres esencialmente: a) responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos administrativos o disposiciones nulas; b) responsabilidad derivada de vía de hecho declarada en proceso contencioso-administrativo; c) responsabilidad de la Administración declarada en ejecución de sentencias contencioso-administrativas por contravenir el fallo o por imposibilidad de ejecutarlas¹³⁶.

B. Tratamiento jurisprudencial del binomio interesado-legitimado. Las enseñanzas del caso Eroski c. País Vasco

Es conveniente dar a conocer la línea que el Tribunal Supremo viene marcando para las pautas interpretativas de la conocida legitimación procesal y su relación con la participación en el procedimiento, explicándola desde cuatro caracteres esenciales que se irán viendo a lo largo de este apartado. Sin embargo, me parece certero dilucidar este debate desde un caso concreto, o, dicho de otra manera, utilizando una técnica jurídico-inductiva. Se trata de un supuesto que, además, aporta abundante riqueza jurídica en el sentido de perfilar la tonalidad de la polémica sobre la dualidad institucional objeto de análisis en este epígrafe.

¹³⁵ En la línea de la perspectiva general de estos conceptos jurídicos, siguiendo el estudio de Luis MEDINA ALCOZ, “El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana”, en la obra colectiva dirigida por Eloísa CARBONELL PORRAS y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 262-267. Allí, estrecha el profesor MEDINA ALCOZ la distancia entre los dos conceptos que tanta polémica están levantando en el Derecho Administrativo español. Señala que “[l]a teoría examinada –en referencia a la tesis de García de Enterría de profunda inspiración en la doctrina francesa– consigue desactivar las consecuencias jurídicas que otros ordenamientos han asociado históricamente al interés legítimo en oposición al derecho subjetivo (...). El concepto de «interés legítimo» selecciona un tipo de posiciones (las del ciudadano que exige el correcto ejercicio de los poderes administrativos) de entre todas las pertenecientes a una categoría (derecho subjetivo), pero no añade nada de por sí”.

¹³⁶ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, habla de estas excepciones, sin perjuicio de que la primera de ellas es la de mayor envergadura.

Es el litigio entre *Eroski y el País Vasco* (2016) resuelto por el TS¹³⁷, que además de recordarnos los precedentes jurisprudenciales del alto tribunal en la materia, también viene a dignificar la acromática y, *a priori*, rígida doctrina de los actos propios de la Administración. El caso tiene origen en la reclamación de responsabilidad patrimonial que Eroski Sociedad Cooperativa dirige contra la Comunidad Autónoma del País Vasco y, acumuladamente, contra el Ayuntamiento de Basauri (Vizcaya), por los daños causados en un parque comercial –Bilbondo– como consecuencia de la modificación de la ordenación urbanística a raíz del Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Dicho plan conllevaba la pérdida de un aprovechamiento urbanístico de unos 1.030,17 m² para el parque comercial Bilbondo, por lo que Eroski reclamaba un total de 6.664.320,80 euros.

Con el descrito marco fáctico en el horizonte, ya en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, en contestación a la demanda, el Abogado del País Vasco planteó la falta de legitimación activa de Eroski, puesto que el Centro Comercial Bilbondo había sido vendido por ésta a otra sociedad antes de formularse la reclamación de responsabilidad patrimonial, con lo que la reclamante no era titular de los derechos edificatorios. Ante esta excepción procesal la defensa técnica de la cooperativa intentó esquivar la inadmisión en vía de recurso amparándose en la doctrina de la prohibición de actuar contra los actos propios, según la cual, reconocida la legitimación en vía administrativa, no puede ser alegada por la Administración y consecuentemente rechazada en vía procesal¹³⁸.

Sin embargo, el letrado de la comunidad autónoma argumentó que la resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial se basaba en la extemporaneidad de la acción y no de la falta de legitimación, porque no tuvo conocimiento de esta situación

¹³⁷ Se trata de la STS de 18 de julio de 2016 (ROJ 3660/2016), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. Sin embargo, y siguiendo la tradición más anglosajona del *case law*, voy a referirme a esta sentencia como la del caso *Eroski c. País Vasco*, por ser las dos principales fuerzas enfrentadas.

¹³⁸ Recordemos la crítica de Rodrigo MORENO FUENTES en cuanto que se acepte rígidamente lo actuado en el procedimiento por parte del juez en el proceso, elucubración que he puesto de manifiesto en el apartado anterior. Rodrigo MORENO FUENTES, “Legitimación versus participación...”, *loc. cit.* El autor enlaza este hecho con la naturaleza jurídica disímil que el derecho subjetivo o interés legítimo ostenta en el procedimiento administrativo y en el proceso, como consecuencia de la teoría del *interés reaccional*.

Observamos, pues, que la pretensión de Eroski en el caso objeto de estudio es que se le aplique automáticamente esa teoría que defienden autores como MORENO FUENTES o LOPEZ BENÍTEZ, que no es otra que la permanencia de la legitimación en el proceso cuando previamente se había reconocido –expresa o tácitamente– en el procedimiento. En el mismo sentido Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en la obra colectiva dirigida por ella misma y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 53.

Sin embargo, veremos alguna diferencia argumentativa entre lo sostenido por este sector doctrinal y lo que finalmente acaba decidiendo el Tribunal Supremo.

en ese momento, enterándose posteriormente por la prensa que Eroski vendió el parque comercial¹³⁹.

A partir de esta situación, el TS, siguiendo la estela decisoria de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, realiza un análisis bidireccional de los supuestos fácticos y jurídicos. En primer lugar, señala que para el correcto enjuiciamiento del caso se debe (1) averiguar en qué concepto formula Eroski la reclamación y; en segundo lugar (2) cuál es la posición de la Administración tanto en la vía Administrativa como jurisdiccional.

No tiene mayor complicación analítica la primera cuestión, en la que resulta prolijamente acreditado que Eroski, *ab initio*, reclamó responsabilidad patrimonial en concepto de titular del Centro Comercial Bilbondo, llegándolo a reconocer *a posteriori* en vía procesal.

Sin embargo, y teniendo en cuenta lo anterior, es la segunda cuestión el gran caballo de batalla del caso, donde tanto el TSJ del País Vasco como posteriormente el TS resolvieron con una depurada técnica jurídica. Los antecedentes a tener en cuenta fueron los siguientes: en lo que respecta a la resolución de la reclamación presentada por la sociedad cooperativa en fecha 13 de julio de 2012, el acuerdo del Gobierno Vasco por el que se resolvió la reclamación, en fecha 26 de noviembre de 2012, simple y llanamente inadmitió la misma por el hecho de la extemporaneidad de la reclamación, y sin entrar en el fondo del asunto o alegar cuestión alguna en torno a la falta de legitimación para reclamar los daños en concepto de titular del parque comercial. Como he comentado anteriormente, no fue hasta la contestación a la demanda donde el letrado de la Administración autonómica vasca planteó la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación de Eroski, ya que había tenido conocimiento por la prensa del traspaso del centro comercial a otra sociedad. Lógicamente, la demandante se defendió sosteniendo que la Administración iba contra sus propios actos por negarle en vía jurisdiccional aquella legitimación que se le había reconocido –tácitamente– en vía administrativa.

Una vez centrado el objeto de enjuiciamiento, el Tribunal Supremo, tras un detallado estudio de lo resuelto por el TSJPV –y basándose en lo dispuesto por este– pasó a vincular el estudio de la legitimación con los conceptos de derechos subjetivos o interés legítimo¹⁴⁰. Debo referir que lo siguiente es un recordatorio del largo camino

¹³⁹ Es cierto que en el año 2010 varios medios de comunicación locales se hicieron eco de la noticia de la venta del Centro Comercial Bilbondo por parte de Eroski, sociedad que seguiría disfrutando del aprovechamiento del parque en calidad de arrendadora. El periódico digital *El Correo* titulaba así la noticia: “Eroski ingresa 50 millones con la venta de Bilbondo”, que se puede leer totalmente en el siguiente enlace: <http://www.elcorreo.com/vizcaya/20100609/economia/eroski-ingresa-millones-venta-201006091928.html>.

¹⁴⁰ No es una novedad, aunque sí tenga un peso imperante en el curso de la argumentación actual. Lo que sí cabe tener en consideración que la entera teoría de la legitimación y su relación con el interés

recorrido por la tradición jurisprudencial de este tribunal, sin tratarse de una mera resolución puntual. Redirigiendo la línea discursiva, la combinación interesado-legitimado formulada por la sentencia pondera algunas reglas entre las que se encuentra una afirmación nuclear que es merecedora de ser transcrita:

“el interés (legítimo), desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital de un potencial perjuicio ilegítimo temido”¹⁴¹.

Lo anterior sugiere dos apuntes jurisprudenciales de gran interés en relación con los temas doctrinales debatidos con anterioridad. En primer lugar, el Tribunal Supremo, equipara la legitimación en el ámbito procedimental y el procesal al unificar su criterio común, el interés legítimo como título legitimador¹⁴². Y, en segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, califica de situación reaccional tanto aquella postura que el interesado adopta en el procedimiento como aquella que el legitimado acuña en el proceso.

Me centraré, sin embargo, en el primero de ellos. Si bien lo citado no se alza como un debate de dimensiones complejas –al menos jurisprudencialmente–, pero sí

legítimo proviene de la doctrina que el TC ha desarrollado de antaño, como por ejemplo en su STC de 22 de diciembre de 1988, núm. 257/1988, Ponente: Gloria Begúe Cantón, en la que señalaba los límites del interés, magnificando su amplitud: “está legitimada toda persona que invoque un interés legítimo (...) es preciso que quien aparezca como demandante se halle en una específica relación con el objeto de las pretensiones que pueden deducirse en esta vía, ya consista tal relación en la titularidad propia de un derecho o libertad fundamental presuntamente vulnerado o, incluso, en un mero interés legítimo (sea propio o colectivo añadimos nosotros en los términos que en esta Sentencia se recogen) en la preservación de derechos y libertades, igualmente fundamentales, de otros”.

¹⁴¹ Dicha afirmación además de ser una cuestión que resuelve varios criterios a aplicar en tema de legitimación, zanja los debates introducidos en las páginas antecedentes a raíz de la postura doctrinal que discrepa de la equiparación del interesado y el legitimado. Y de otro lado, también anula el argumento principal que el profesor MORENO FUENTES utiliza para defender dicha diferenciación de categorías. Se trata del tipo de interés desde la reaccionalidad, es decir, aquella teoría a través de la cual se explica la diferencia de posturas del interesado en el procedimiento (postura defensiva) y del legitimado en la jurisdicción (postura de reacción contra una determinada actuación administrativa).

Y precisamente esta consagración jurisprudencial es reiterada en multitud de sentencias del TS, a modo de ejemplo las SSTs de 26 de mayo de 2003 (ROJ 3557/2003), Ponente: Juan José González Rivas; 20 de marzo de 2007 (ROJ 1993/2007); Antonio Martí García; de 9 de julio de 2013 (ROJ 3829/2013), Ponente: José Antonio Montero Fernández; de 13 de julio de 2015 (ROJ 3365/2015), Ponente: Diego Córdoba Castroverde; de 14 de septiembre de 2015 (ROJ 3853/2015); Ponente: José María del Riego Valledor; de 26 de abril de 2016 (ROJ 1864/2016); Ponente: José Antonio Montero Fernández; o de 18 de julio de 2016 (ROJ 3660/2016); Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

¹⁴² Aunque se halle en el campo de la expropiación, César CIERCO SEIRA, “El papel de los titulares de derechos e intereses sobre cosa ajena en la expropiación forzosa”, *RAP*, núm. 188, mayo-agosto, 2012, págs. 24-26, explica este fenómeno como “un salto de envergadura que se aprecia todavía más en nuestros días”. Coincide en señalar que la jurisprudencia ha realizado una notable expansión de este título legitimador, como llave de acceso al procedimiento.

Implícitamente, y pese al carácter reaccional más encarado hacia el alzamiento contra una determinada resolución administrativa, el título legitimador –derecho subjetivo o interés legítimo– va a ser indistinto tanto en el procedimiento, como en el proceso.

recurrente, prima ser discernido como punto primitivo de partida sobre el estado de la cuestión actual. La relevancia del título legitimador –interés legítimo– como canalización absoluta entre perjudicado y el servicio público presuntamente responsable debe ser comprendida de forma análoga tanto en el proceso como en el procedimiento.

Es decir, si el amplio concepto de interés legítimo (el daño causado por la falta de aprovechamiento urbanístico) se puede unir con un título jurídico determinado (la titularidad del complejo urbanístico afectado)¹⁴³ contra una concreta actuación administrativa (modificación del planeamiento urbanístico por parte de la autoridad competente), como regla general, será el mismo interés afectado causa de reclamación, tanto en vía administrativa como en vía procesal.

Esta solución es simple y llanamente conforme con el propio espíritu legislativo a partir del cual se ha confeccionado el camino para solicitar responsabilidad a la Administración. Y es que la doctrina jurisprudencial del máximo tribunal ha sentado que, si bien debe existir un interés y derecho que conecte con una determinada causa de pedir en base a lo dispuesto en el art. 19.1 a) de la LRJCA, “también es necesario y constituye presupuesto de lo anterior”. Significando la expresión “lo anterior” una conformación de una especie de nexo de causalidad entre lo reclamado en vía administrativa y lo demandado posteriormente ante la jurisdicción, sin deber diferenciarse, por tanto, el sujeto reclamante en vía administrativa de la vía procesal¹⁴⁴.

Resulta meridianamente claro que la llamada legitimación *ad causam* en este caso también queda estrechamente conectada con el cumplimiento de los presupuestos de los requisitos de la responsabilidad patrimonial, pivotando sobre la órbita del artículo

¹⁴³ Los requisitos de derecho subjetivo que deben concurrir para la formación jurídica de la responsabilidad civil de la Administración son los siguientes: que se produzca una lesión, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y (los requisitos negativos) de que no sea imputable a fuerza mayor o que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la Ley.

Como la nueva LRJSP no cambia un ápice los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, su régimen material sigue encontrándose intacto en cuanto a las modulaciones jurisprudenciales. Véase, por todas, la didáctica STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2015 (ROJ 1705/2015), Ponente: Edilberto José Narbón Láinez.

¹⁴⁴ Entre muchas otras, valga como ejemplo la STS de 4 de octubre de 2016 (ROJ 4344/2016); Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy. En este caso se trata de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en reclamación de responsabilidad patrimonial a la Agencia Tributaria por parte de quien no había actuado en el procedimiento administrativo previo, sino de la sociedad que asesoraba a las que sí habían participado en dicha vía previa. O lo que es lo mismo, un reclamante en nombre de tercero, como novedad en el proceso.

Sin embargo, el TS realiza una ponderación de las posibilidades que hubiese tenido la recurrente de reclamar en nombre de tercero, entre las que se halla la reclamación como consecuencia de la cesión de créditos actuando previamente en vía administrativa como tal. Por el contrario, en el procedimiento administrativo el *petitum* coincidía con los presuntos daños causados a las sociedades que reclamaban en nombre propio. En consecuencia, señala el tribunal –en relación con la conexión entre procedimiento y proceso– que “en ambos elementos ha de estar presente ese vínculo subjetivo que comporta la legitimación”.

32 de la LRJSP. Esto es así en tanto en cuanto el Tribunal Supremo –en su FD quinto– considera dicha falta de titularidad para reclamar responsabilidad patrimonial, al parecer, una falta de legitimación *ad causam* –lo que le lleva a desestimar el recurso planteado por Eroski– concurrente con una cuestión de fondo (arraigada en los requisitos materiales de la responsabilidad patrimonial). La causa de esta consideración radica en la falta de titularidad sobre el objeto de la reclamación, lo que provoca que la carencia de legitimación *ad causam* se conforme como un presupuesto procesal colocado sobre una superficie jurídicamente movediza, vehiculada paralelamente con el derecho material.

Se trata, en consecuencia, de un presupuesto procesal inexcusable en aras de lo indicado por el TS en una legión de pronunciamientos, con apoyo expreso sostenido por la doctrina constitucional¹⁴⁵. Sin embargo, no necesariamente tendría un tratamiento procedimental o procesal ligado a la inadmisión –en el sentido de los arts. 116 b) de la LPAC (aunque se trate de causas de inadmisión en vía de recurso administrativo) o 51.1 b) de la LJCA–, sino que pudiera resolverse por razones inherentes al fondo del asunto,

¹⁴⁵ Por ejemplo, la STS de 13 de julio de 2015 (ROJ 3365/2015), Ponente: Diego Córdoba Castroverde –sentencia a la que sigue la estela la STS *Eroski c. País Vasco*– lo especificaba de esta manera genérica: “[l]a legitimación es presupuesto inexcusable del proceso, que implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, en STS, Sala 3ª, Sección 7ª de 11 de febrero de 2003, al resolver el recurso nº 53/2000), así como en la jurisprudencia constitucional (por todas, la STC 65/94), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (como subraya esta última jurisprudencia en SSTC 105/1995, de 3 de julio, F. 2; 122/1998, de 15 de junio, F.4 y 1/2000, de 17 de enero, F.4)”.

Lo curioso es que al referirse específicamente a la legitimación *ad causam*, también le dota de cualidad pre-procesal en el siguiente sentido: “(...) no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1984, la legitimación ‘ad causam’ conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la sentencia de 21 de abril de 1997, se parte del concepto de legitimación ‘ad causam’ tal cual ha sido recogido por la doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto afecte, por tanto, a un interés del recurrente”.

en vista de lo determinado en el FD quinto de la sentencia objeto de estudio¹⁴⁶ y del compás general de las resoluciones judiciales¹⁴⁷.

Pero lo que es indudable es que la falta de titularidad sobre unos determinados terrenos casa en los dos ámbitos, tanto en el de la falta de legitimación *ad causam* como en el incumplimiento de presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial¹⁴⁸. Y, en consecuencia, considero que la solución dada por el TS pretende poner de manifiesto la necesidad de esclarecer conjuntamente el enjuiciamiento de las dos cortapisas, ya que, en principio no dejan de erigirse como dos cuestiones de fondo (si efectivamente se tiene en cuenta que la legitimación *ad causam* es una cuestión de fondo).

Y digo en principio, porque en no pocas ocasiones la jurisprudencia o jurisprudencia menor ha resuelto en sentido asimétrico la falta de legitimación *ad*

¹⁴⁶ En la misma sentencia *Eroski c. País Vasco*, indica el TS que “lo cierto es que la Sala de instancia señala con toda precisión que la actora carecía de la titularidad con la que se reclama, lo que entronca con el fondo de la cuestión debatida y los necesarios requisitos a que antes se ha aludido para configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ya no es titular de los aprovechamientos urbanísticos que decía consolidados en su favor”.

Ya aludía a un supuesto similar Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 67, refiriéndose a la STS de 10 de julio de 2009 (ROJ 4776/2009), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso. Se trataba de una piscifactoría que, a raíz de la producción de determinados daños, solicitó indemnización sin probar ser titular de una concesión de aprovechamiento hidráulico, lo cual llevó al TS a desestimar la petición en base a lo siguiente: “la correcta aplicación de las normas sobre responsabilidad exige que quien se pretende erigir como acreedor al derecho de indemnización acredite fehacientemente su condición de titular del derecho afectado”. En este caso no se negó la legitimación, sino que se desestimó la reclamación enjuiciando el fondo del asunto, de igual modo que se hubiese hecho en el caso *Eroski c. País Vasco* de no haber sido por la extemporaneidad de la acción de responsabilidad.

¹⁴⁷ Observemos que la legitimación en sentido estricto es la llamada legitimación *ad causam* definida por el Tribunal Supremo en innumerables ocasiones como relata Eduardo ESPÍN TEMPLADO, “Legitimación”, en la obra coordinada por él mismo, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa...*, *op. cit.*, págs. 123-124, al concretar que el máximo tribunal define dicha legitimación como aquella “relativa al derecho con el que se litiga, al título o la causa de pedir, que es siempre cuestión de fondo (cuya carencia equivale a lo que la antigua jurisprudencia denominaba ‘falta de acción’), no es sino la noción tradicional de legitimación antes indicada: la relación del actor con la pretensión que se deduce en el proceso”.

¹⁴⁸ En cuanto al cumplimiento de los requisitos materiales de la responsabilidad patrimonial, debo hacer referencia a las implicaciones de la existencia de daño indemnizable. Beatriz ALONSO SEGOVIA, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en la obra coordinada por Pascual SALA ATIENZA, *Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia*, Tomo 3, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 1635-1638, explicaba qué notas debía cumplir el daño. En primer lugar, un daño debe incidir sobre derechos o intereses legítimos, a fin de cumplir la nota de efectividad y debe ser real, no constatado como una simple especulación o expectativa. Además, el daño ha de ser evaluable económicamente, lo que implica la nota de susceptibilidad de traducción patrimonial económica. Finalmente, ha de ser también un daño individualizado o individualizable, es decir, que recaiga sobre ciertos sujetos, ya sea a título individual o grupal.

En el caso de la falta de título de propiedad sobre un determinado inmueble, como es el caso objeto de estudio, no se estaría pidiendo responsabilidad alguna sobre un derecho o interés legítimo que el interesado tuviera, y, por tanto, quedaría incompleto el requisito de la existencia del daño. Si bien es cierto que este daño podría haber cumplido todos los requisitos en el caso de que hubiese sido reclamado por el titular del Centro Comercial, o por *Eroski*, en concepto de arrendatario.

causam, a saber: optando por la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, o, dicho de otro modo, tratándola como un *requisito categóricamente pre-procesal*¹⁴⁹; o, la más tradicional de las soluciones, resolviendo sobre el fondo del asunto¹⁵⁰. Pero habitualmente pese a optar por la primera de las opciones, los juzgados y tribunales suelen conectar la cuestión procesal con el asunto de fondo para enjuiciarlas conjuntamente, aunque finalmente inadmitan el recurso. Con todo, nos encontramos ante unas cuestiones apasionantes, pero de muy difícil respuesta nítida debido a la división de pronunciamientos¹⁵¹.

2. LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

¹⁴⁹ La STS de 13 de julio de 2016 (ROJ 3547/2016), Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria”, contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ, como consecuencia de la falta de legitimación *ad causam*. Aunque en ese caso se resuelva en sentencia la cuestión de inadmisión planteada “dada su conexión con el fondo del asunto”, el fallo del TS corresponde al tratamiento procesal, inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo.

A la misma solución llegó la STSJ de La Rioja de 22 de abril de 2014 (ROJ 158/2014), Ponente: Alejandro Valentín Sastre, que aplicó en sentido estricto lo dispuesto en el artículo 69 b) de la LJCA, en relación con el 19 del mismo texto legal y su interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido resuelve la STSJ de Murcia de 8 de junio de 2012 (ROJ 1473/2012), Ponente: Ascensión Martín Sánchez.

Pero más elocuente resultó el Auto del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2014 (ROJ 2803/2014), Ponente: Jorge Rodríguez Zapata Pérez, que en su FD noveno, una vez expuestas todas sus argumentaciones jurídicas, acabó manifestando que “reconociendo la capacidad procesal de doña Eufrasia, aunque la apreciación de las restantes causas de inadmisión ya razonadas –incluida la falta de legitimación *ad causam* de la Sra. Eufrasia– conduce, no obstante, a la inadmisión del recurso”.

¹⁵⁰ La STS de 31 de octubre de 2000 (ROJ 7927/2000), Ponente: Emilio Pujalte Clariana, realizaba entonces una didáctica explicación sobre la naturaleza jurídica de la legitimación *ad causam* señalando que “[l]a legitimación ‘ad causam’ (...) ‘es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente Procesal’. Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional (al que frecuentemente han acudido las partes) quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha resuelto que ‘la legitimación [se refiere a la legitimación *ad causam*], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso”.

La STSJ de las Islas Canarias de 25 de abril de 2016 (ROJ 987/2016), Ponente: Pedro Manuel Hernández Cordobés, sigue a rajatabla la anterior doctrina jurisprudencial, con amparo directo también en la STC de 11 de noviembre de 1991, núm. 214/1991.

¹⁵¹ Como botón de muestra de la confusa situación en el orden contencioso-administrativo, se realza exponencialmente la STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2015 (ROJ 1926/2015), Ponente: Ana Isabel Rodrigo Landazábal, al realizar la siguiente apreciación –relacionada con el desenlace que debe tener la falta de legitimación *ad causam*– que bien merece ser objeto de transcripción: “En cuanto al argumento que se dirige contra la sentencia, relativo a la ‘incongruencia interna’, se refiere la parte recurrente a que debía haber ‘inadmitido’ el recurso, y no ‘desestimar’lo’. Se trata de un argumento al menos controvertido”. En este caso, aun considerándolo un asunto al menos controvertido, el TSJ acaba resolviendo en sentido de considerar la legitimación *ad causam* como cuestión de fondo, en línea de la mayor parte de la jurisprudencia.

En el mismo sentido, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 31, considera que se trata de una cuestión de Derecho sustantivo.

Con un campo de visión inspirado en los párrafos anteriores, en sentido de entender como *conceptos cuasi-sinónimos a los interesados y legitimados* – complementando con lo dispuesto en este último concepto todo aquello que la LPAC no contemple¹⁵²–, se ha de poner de manifiesto que el artículo 4 de la norma legal por excelencia del procedimiento administrativo común establece tres categorías de interesados¹⁵³, que CIERCO SEIRA ha calificado de la siguiente manera: a) promotores del *iter* procedimental; b) los restantes interesados que, a su vez, pueden ser titulares ora de un derecho subjetivo; c) ora de un interés legítimo¹⁵⁴.

Avistada la existencia de varias categorías de interesado en la LPAC –y no del forjamiento de un concepto unitario del mismo–, lo cierto es que el núcleo concéntrico

¹⁵² Ya que, como señala la STS de 21 de junio de 2016 (ROJ 2957/2016), Ponente: María del Pilar Teso Gamella: “[e]s cierto que entre ambos regímenes jurídicos media una coincidencia relevante, como es la referencia al derecho e interés legítimo en los dos preceptos antes citados, como título que habilita para ostentar la condición de interesado en vía administrativa, o para impugnar un acto administrativo en sede jurisdiccional”. Ello pasa por alto que hay peculiaridades significativas en cada uno de ellos, pero que la inspiración del quehacer judicial sobre la legitimación procesal para ante el procedimiento administrativo es de notoria relevancia.

Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Concepto y funcionalidad de la noción...”, *op. cit.*, pág. 187, nada más introducir su artículo se anticipaba a señalar que “[a] la hora de esclarecer el concepto de «interesado» en el ordenamiento administrativo español pienso que hay tres normas claves para enfocar el problema. Me refiero a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), a la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y, finalmente a la Ley de Expropiación Forzosa (LEF)”.

Aunque ésta es una idea sobre la que he insistido a lo largo y ancho del presente capítulo, cabe poner de manifiesto que tanto jurisprudencia como doctrina coinciden, en líneas generales, en la complementación de los dos conceptos: interesado y legitimado.

¹⁵³ El artículo 4 de la LPAC que se titula “concepto de interesado”, determina en su apartado primero que se considerarán interesados los siguientes sujetos:

“a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

¹⁵⁴ La calificación que realiza César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs.158 y ss., de las categorías de interesados son las tres siguientes: a) promotores del *iter* procedimental; b) los restantes interesados que, a su vez, pueden ser titulares ora de un derecho subjetivo; c) ora de un interés legítimo. La misma sigue siendo completamente válida en vistas de la nueva ley de procedimiento administrativo común, ya que el artículo 4 de la actual LPAC no difiere del artículo 31 de la anterior LRJPAC.

En el mismo sentido véase la STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2016 (ROJ 8244/2016), Ponente: Ana Rubira Moreno, que rememora la jurisprudencia del TS sobre el concepto de interesado en el procedimiento administrativo a partir del anterior artículo 31 de la LRJPAC.

De otro lado, autores como Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2011, realiza otra división, entre la que denomina *parte necesaria* y la *parte eventual*. La primera corresponde con aquellos interesados promotores del procedimiento y los que sean titulares de derechos subjetivos que puedan resultar afectados por la decisión administrativa. La segunda, se refiere a los titulares de intereses legítimos, interesados a los que la obligación de la Administración de emplazar deviene mucho más tenue. Sin embargo, como hemos visto en las páginas precedentes, muchas veces, la dificultad de marcar una nítida línea divisoria de los dos conceptos (derecho subjetivo vs. interés legítimo) dificultaría en exceso la comprensión de esta diferenciación.

de todas ellas, que sirve para atribuir la condición de *legitimado en el procedimiento* con carácter general, reside en el requisito de la afección a un derecho subjetivo o interés legítimo. Dicho de otra manera, y simplificándolo, se requiere una posición especial relacionada con el objeto del procedimiento¹⁵⁵.

Dicha afección dota de una amplitud terminológica de gran envergadura a la noción de interesado y más aún tras su paso por la maquinaria de interpretación jurídica de nuestro sistema judicial, encabezado por el TS y TC, respectivamente, una vez ha sido sustituido el concepto de interés directo por el de interés legítimo¹⁵⁶. En otras palabras, las de la STC de 23 de marzo de 2004, el interés legítimo es aquél caracterizado como “una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto”¹⁵⁷.

Siguiendo esta línea argumentativa, y sin entrar con profundidad en el estudio de las categorías de interesado-legitimado por no ser objeto de este trabajo, cabe distinguir entre la legitimación activa y la legitimación pasiva. Por lo que se refiere, de un lado, a la primera de las modalidades legitimadoras, habría que dividirla entre la traza individual y la colectiva, siendo ésta última la más polémica en la concreta esfera del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que pocas soluciones aporta la legislación de procedimiento administrativo común en esta tesitura.

De otro lado, tenemos el gran caballo de batalla del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que no es otro que la legitimación pasiva¹⁵⁸. Más allá de lo antedicho, yo lo calificaría como la *zona gris* del procedimiento de responsabilidad patrimonial, a causa de la complejidad y confusión provocada por la presencia de interesados en posición pasiva (más allá de la Administración, *strictu sensu*). Si a este

¹⁵⁵ Juan José Díez Sánchez, *El procedimiento administrativo común*, op. cit., pág. 168. En el mismo sentido Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo I, pág. 922.

¹⁵⁶ De esta manera se encargan de recordar, por ejemplo, las SSTS de 20 de abril de 2015 (ROJ 1591/2015), Ponente: Eduardo Calvo Rojas; o de 16 de marzo de 2016 (ROJ 1199/2016), Ponente: Juan Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

De la misma forma lo apuntó la STC de 23 de septiembre de 1987, núm. 143/1987, Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León, al especificar que dicho interés legítimo equivale a “una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta”.

¹⁵⁷ STC de 23 de marzo de 2004, núm. 45/2004, Ponente: Roberto García-Calvo Montiel. Sigue diciendo esta sentencia que “[m]ás sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta. Luego, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso”.

¹⁵⁸ La legitimación pasiva en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ha sido calificada como “todo un mundo” por el magistrado del TSJ de Madrid, Juan Francisco LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ, “Legitimación activa y legitimación pasiva en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial”, *REFC*, núm. 16, julio-diciembre, 2011, pág. 90, lo cual evidencia en una frase muy banal toda la conflictividad de la figura en este tipo de tramitación.

factor le sumamos la poca destreza de la *Administración tramitadora* al hacer frente a esta situación, que es un tanto más compleja, nos encontramos con un panorama más propenso a generar inseguridad jurídica en esta vertiente procedimental. Los legitimados pasivos por excelencia suelen ser las compañías aseguradoras o los contratistas y concesionarios de las Administraciones, si bien es verdad que ni mucho menos finaliza aquí la enumeración, que más bien la calificaría de *numerus apertus*, teniendo en consideración la gran divergencia de terceros sujetos que pueden intervenir en el quehacer administrativo. Pero cabe realizar un análisis por partes.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Cuando se habla de legitimación activa en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ha de pensar en que el concepto equivalente en el proceso es el de legitimación *ad causam*. O lo que es lo mismo, la aptitud para ser parte en un proceso concreto, aptitud que se deriva de la tenencia por parte del sujeto de un derecho o interés legítimo, individual o colectivo, del modo que es previsto en el artículo 4 de la LPAC¹⁵⁹.

Y, más concretamente, la posición activa corresponde a los interesados que, siendo titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo con el que se conecta el objeto de la *causa petendi*, de manera que, de estimarse la petición, “se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial”¹⁶⁰. En el caso objeto de estudio, la pretensión de los interesados situados en la posición activa del procedimiento (en tanto que reclamantes) normalmente corresponderá con el reconocimiento de un efecto positivo o beneficio, que es el resarcimiento de los daños que les haya causado la actividad administrativa y que, también habitualmente, tendrán un revestimiento económico en forma de indemnización a tanto alzado u otras modalidades admisibles legalmente¹⁶¹.

A. Legitimación activa individual: la víctima del servicio público

En el concreto campo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –con vínculo directo con la doctrina jurisprudencial interpretativa de referencia en los apartados anteriores– el concepto de interesado como legitimado activo va a

¹⁵⁹ A mayor abundamiento, véase el epígrafe 5.1.A. del presente capítulo.

¹⁶⁰ Así dispone la STS de 14 de octubre de 2009 (ROJ 6234/2009), Ponente: Celsa Pico Lorenzo, en referencia a la legitimación activa en el ámbito jurisdiccional, que, como ya he tenido ocasión de apuntar, es perfectamente extrapolable en el procedimiento.

¹⁶¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 430-435, hablan de las formas de reparación, señalando la reparación *in natura* (complementada), o, la más habitual, la indemnización a tanto alzado, sin perjuicio de la permisividad de otras alternativas como los pagos periódicos, la compensación en especie, u otra forma de reparación pactada con el interesado.

pivotar, como regla general, sobre la órbita del perjudicado –persona física o jurídica– por la actuación administrativa, tal y como señala *ad exemplum*, la didáctica STS de 29 de marzo de 2007¹⁶² o la doctrina más autorizada en el concreto ámbito objeto de estudio¹⁶³.

A raíz de esta doctrina jurisprudencial, la víctima, o presunta víctima, es aquella persona que cumple o podría llegar a cumplir con los presupuestos materiales marcados por el artículo 32 de la LRJSP. O, dicho de otra manera, tiene legitimación individual para entablar la reclamación de responsabilidad patrimonial y participar en el procedimiento administrativo para exigirla, aquella persona que estima o considera que se le ha generado una lesión indemnizable de conformidad con lo señalado para ello en la legislación de régimen jurídico del sector público¹⁶⁴.

La persona que se considera víctima (hasta que no se dicte una resolución administrativa o judicial no lo será como tal) deberá cumplir con los requisitos de fondo de la responsabilidad patrimonial para que le sea reconocida indemnización con cargo a los fondos públicos. Estos son los siguientes: en primer lugar, que se trate de una lesión efectiva, evaluable económicamente e individualizada (artículo 32.2 LRJSP); a raíz de la cual se desprende el segundo presupuesto (negativo) que además conforma una de las piedras angulares de todo sistema objetivo de responsabilidad de la Administración, que dicha lesión sea fruto de un daño antijurídico, o lo que es lo mismo, que el particular no

¹⁶² STS de 29 de marzo de 2007 (ROJ 2010/2007), Ponente: Jose Manuel Sieira Míguez.

¹⁶³ FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, *op. cit.*, pág. 284, comenta que “[y]a hemos notado que será legitimado el sujeto lesionado por la actuación de la Administración (...)”.

En sentido similar se postula Luis MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 109, al estimar que “[l]o normal será que [la reclamación] empiece, efectivamente, con una petición del dañado al órgano administrativo que corresponda (...)”.

También, Beatriz DÍAZ MADRERA, “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la educación” en el manual colectivo coordinado por Anabelén CASARES MARCOS y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1111 y ss., introduce que “[e]stán legitimados para articular reclamaciones de responsabilidad patrimonial los particulares que resulten lesionados en sus bienes o derechos por la actuación administrativa”; o, a su vez, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 7ª edición, Cizur Menor, 2015, págs. 615-616.

¹⁶⁴ La antes citada STS de 29 de marzo de 2007 habla así de perjudicado o posible perjudicado al referirse al legitimado en la vía administrativa para formular y participar en el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial. En la misma línea, y recordando la anterior doctrina del TS, se encaminan las STSJ de Madrid de 22 de enero de 2001 (ROJ 661/2001), Ponente: Juan Miguel Massigoge Benegui; la STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2011 (ROJ 5652/2011); Ángel Francisco Suárez-Barcelona Morillo Velarde; o la STSJ de Andalucía de fecha 25 de julio de 2014 (ROJ 8242/2014), Ponente: María Soledad Gamo Serrano. Estima ciertamente la primera las tres últimas sentencias citadas que “no es interesado en un expediente indemnizatorio, sino que quien ha sufrido (o dice haber sufrido) una lesión”.

esté obligado a soportar ese daño de acuerdo con la Ley (artículos 32.1 y 34.1 LRJSP), un concepto tan amplio como conflictivo¹⁶⁵.

Arraigado en la necesaria existencia de una lesión se halla, asimismo, otro de los presupuestos negativos (y tercero en la enumeración general), la fuerza mayor o *vis mayor* como causa excluyente y dispensadora de responsabilidad. La misma ha sido definida como aquella causa imprevisible e irresistible ajena a la conducta racional y previsora del conjunto organizativo del servicio público al llevar a cabo las actividades administrativas que le son propias¹⁶⁶.

Y, el cuarto presupuesto es que debe existir un nexo de causalidad, o, dicho de otra manera, que medie relación causal entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida. Así, partiendo de la idea del cumplimiento de los anteriores requerimientos, la línea sincrónica de la relación de causalidad sería la siguiente: en primer lugar, la causación fáctica del daño; en segundo lugar, la atribución objetiva a un sujeto concreto; y solamente en tercer y último lugar se va a poder estudiar a qué sujeto es atribuible la responsabilidad, si se quiere, patrimonial, del daño producido¹⁶⁷.

Dicho de otra manera, y sin entrar en el fondo del asunto, son víctimas, y, por tanto, pueden adquirir *la condición de reclamantes en el procedimiento*, aquellos particulares que hayan sufrido alguna lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no sean

¹⁶⁵ Decía Luis MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España...”, *op. cit.*, pág. 45, que las causas de justificación que impongan la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente previstas, lo que implicaría la imposibilidad del reproche de antijuridicidad y por consiguiente no podría hablarse de lesión. Sin embargo, el mencionado autor ya criticó, en ese momento, y también con posterioridad en su trabajo “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *RAP*, núm. 150, 1999, pág. 309, la ambigüedad sobre la que flotaba el concepto establecido en la LRJPAC –que no difiere de la actual LRJSP– al carecer de unas pautas preestablecidas de antemano sobre cómo debería ser la Administración, lo cual nos lleva a que, por vía de interpretación, el resultado de lo que es considerado antijurídico y lo que no sea muy dispar.

¹⁶⁶ El Consejo de Estado en su dictamen de 18 de marzo de 2004, núm. 95/2004, expresivo de otros muchos dictámenes del órgano consultivo así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) más significativa, definía la fuerza mayor como “‘aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1968, cuya doctrina se reitera más recientemente en otras Sentencias del Alto Tribunal de 30 de noviembre de 1985, 28 de julio de 1986, 19 de enero de 1987, 13 de febrero de 1990, 28 de enero de 1991, 8 de junio de 1993, 11 de julio de 1995, 19 de abril de 1997, 13 de diciembre de 2001, entre otras). Por consiguiente, la fuerza mayor se configura como ‘una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995)”. En el mismo sentido véase Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 563.

¹⁶⁷ Siguiendo la adecuada línea marcada por Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 135-136.

consecuencia de casos de fuerza mayor o de daños jurídicamente permitidos. Ahora bien, dicha legitimación correspondería, en esencia, con aquello que el profesor REBOLLO PUIG califica de *legitimación activa originaria*, diferenciándola, asimismo, de la *legitimación activa derivada*¹⁶⁸.

Esta última se ostentará, no por haber sido la víctima directa (originaria) del daño, sino por la tenencia de la titularidad del derecho a la indemnización. El título de reclamación puede ser de lo más variopinto, como por ejemplo la cesión o transmisión del derecho de crédito a la indemnización¹⁶⁹, como negocio jurídico de carácter privado formalizado bajo el sustento de los arts. 1526 y ss. del CC. Esta cesión, una vez perfeccionada, “producirá sus efectos, el cambio de titularidad del crédito cedido, que es adquirido por el cesionario y, con ella la vinculación del deudor con aquél, que se convierte en su acreedor frente al que deberá cumplir su obligación”¹⁷⁰¹⁷¹. Otro ejemplo emblemático de la analizada situación será el de la compañía aseguradora cuando realice el pago de la indemnización al perjudicado y, consecuentemente, se subrogue en los derechos y acciones que corresponderían a éste en cualidad de persona asegurada a tenor del artículo 43 de la LCS¹⁷², en convergencia con los arts. 1158 y 1212 del CC. Tal es el caso enjuiciado, *ad exemplum*, en la STSJ de Aragón, de 3 de diciembre de 2015¹⁷³. En la citada resolución judicial, el Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora MAPFRE, que, subrogándose en los derechos del perjudicado por un accidente de tráfico –una vez resarcido este–, reclama la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, págs. 67-73. Corresponde también destacar, aunque cambiando los términos, a Eduardo ESPÍN TEMPLADO, “Legitimación”, *op. cit.*, pág. 124, al diferenciar, en el mismo sentido, entre legitimación directa (originaria) o indirecta (derivada). De esta manera ha referido alguna Sentencia del máximo tribunal, como la STS de 13 de septiembre de 2013 (ROJ 4551/2013), Ponente: Eduardo Calvo Rojas, o la STS de 31 de enero de 1994 (ROJ 1535/1994), Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas.

¹⁶⁹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 70. En este caso, en vistas de la justificación del ejemplo, el profesor REBOLLO Puig cita la STS de 24 de marzo de 1984, donde un tercero pagó voluntariamente la indemnización al dañado y, posteriormente reclamó a la Administración responsable la cantidad satisfecha. Véase, además, dos notas más adelante.

¹⁷⁰ María Patricia REPRESA POLO, “Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, mayo, 2009, pág. 5.

¹⁷¹ Recordemos que, en la Sentencia *Eroski c. País Vasco*, analizada en los epígrafes precedentes, se deniega la legitimación activa *ad causam* de la línea de supermercados para reclamar responsabilidad patrimonial precisamente porque antes de formular la solicitud traspasó la titularidad de los locales objeto de los presuntos daños a otra sociedad, erigiéndose esta última como legitimada.

¹⁷² La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en el primer párrafo del artículo 43 dispone lo siguiente: “[e]l asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

¹⁷³ STSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2015 (ROJ 1773/2015), Ponente: Fernando Zubiri de Salinas.

¹⁷⁴ Se ha de poner de manifiesto que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Zaragoza, de fecha 30 de julio de 2015, había inadmitido el recurso por considerar la carencia

Sin abandonar el debate abierto, es menester que me adentre en lo que podría considerarse como todo un umbral de la confusión legitimadora de la responsabilidad patrimonial, tanto en el ámbito procedimental como en el procesal, que no es otro que la naturaleza jurídica –y consecuente tratamiento procedimental– del derecho de indemnización correspondiente a los familiares de los fallecidos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

a) Título legitimador de la reclamación de los daños con desenlace mortal

Uno de los puntos neurálgicos de la legitimación activa –ya sea individual o colectiva¹⁷⁵– y principal problema tocante a la seguridad jurídica de la reclamación de responsabilidad es, sin duda, el de la transmisibilidad o intransmisibilidad *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños producidos por la actividad administrativa. Posicionarse sobre la postura de Primus o la de Secundus no es coser y cantar¹⁷⁶. Escribo, como el lector ya habrá comprobado, sobre aquellos daños que provocan la privación de la vida (*wrongful death*), diferenciándolos, asimismo de los daños patrimoniales *stricto sensu*. De esta distinción se ocupa el profesor CANO CAMPOS cuyo planteamiento viene inspirado por la doctrina civilista de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁷.

de legitimación *ad causam* de la aseguradora, consideración que el TSJ de Aragón declinó, en mi opinión, acertadamente.

¹⁷⁵ Aunque el presente epígrafe se localice en la legitimación activa de carácter individual, cabe matizar esta situación. Se trata el presente caso de la reclamación de responsabilidad patrimonial por parte de los familiares o allegados del lesionado originario, que, a raíz del funcionamiento de los servicios públicos ha perdido la vida. Lo normal, sin embargo, será la existencia de más de un familiar que pudiera reclamar, y, en consecuencia, las reglas del presente epígrafe y siguientes serán plenamente válidas para el caso de una pluralidad de interesados reclamantes, o, dicho de otro modo, ante la legitimación colectiva por parte de la familia o los parientes.

¹⁷⁶ Me refiero al famoso “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte” de Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, Anuario Derecho Civil (ADC), Vol. 36, núm. 4, 1983, págs. 1567 a 1585. Allí daba vida a los dos personajes con la finalidad de representar lo que se postula como un tradicional debate que últimamente parece reavivarse, siendo Primus el jurista partidario de la intransmisibilidad del derecho a la indemnización *mortis causa* y Secundus el partidario de la transmisibilidad. Pero lo cierto es que el propio autor reconoce –pese a exponer los pros y contras de cada una de las tesis– no atreverse a decantarse sobre una posición u otra.

¹⁷⁷ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración”, *RAP*, núm. 191, mayo-agosto, 2013, págs. 113 a 157. Como aspecto distintivo dentro del campo de estudio que me interesa resaltar, destaca el citado autor que es relevante tener en consideración los dos tipos de daños que se les causa a los familiares allegados de quién fallece. De un lado, estos sufren un daño no patrimonial evidenciado en forma de dolor, pérdida de compañía del ser querido, proyectos de vida truncados, etc. De otro lado, sin embargo, también se constituye un daño patrimonial, ya sea bajo la categoría del *daño emergente* (gastos de sepelio, alojamiento, manutención, etc.) o del *lucro cesante* (por dependencia económica del causante, etc.).

Un buen análisis jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de lo que puede considerarse como daño emergente o lucro cesante lo realiza Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, “Responsabilidad de las Administraciones Públicas: criterios jurisprudenciales”, en la obra colectiva coordinada por Joaquín ORTIZ BLASCO y Petra MAHILLO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, págs. 266 a 275, o Eduardo PATRICIO RALLO, “Responsabilidad patrimonial –Jurisprudencia seleccionada”, en la misma obra, págs. 362 a 373.

Y es precisamente el derecho civil que aporta los mayores desarrollos doctrinales con respecto al daño causante de muerte y su posible transmisibilidad o no, que no deben, considero, pasarse por alto. Sin pretender entrar en demasiadas disquisiciones teóricas sobre la naturaleza jurídica de la muerte desde la perspectiva de la teoría del daño, debo analizar *ab initio* la primera de las dos acepciones. El resumen por excelencia de las distintas modalidades del daño se recoge en la STS de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006¹⁷⁸¹⁷⁹. De un lado, los daños patrimoniales o materiales pueden considerarse como aquellos relativos a los bienes o derechos de una persona de directa naturaleza económica o pecuniaria¹⁸⁰. En este caso la doctrina *iusprivatista* coincide en hacer el desglose de los daños estrictamente patrimoniales o materiales diferenciando asimismo los daños indirectos que puedan provocarse, es decir el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*¹⁸¹. Y, de otro lado, se localiza el centro de atención del presente epígrafe, los llamados daños no patrimoniales, que son aquellos de naturaleza no económica –pero sí valorables económicamente– que la citada sentencia divide en dos supuestos: primero, el daño biológico (o corporal), siempre que se refiera a la integridad física; y segundo, el daño moral, siempre que se refiera al patrimonio moral o de la personalidad.

No cabe olvidar asimismo los efectos del daño directo (la muerte) o perjuicios de este que pueden aparecer bajo múltiples facetas, tal y como señala CANO CAMPOS, “la pérdida de ingresos derivados de su actividad laboral (lucro cesante), los gastos de asistencia sanitaria futura (servicios médicos)”¹⁸², o cualquier otro que pueda derivarse según las circunstancias concretas de cada caso y se pruebe adecuadamente. Estos daños son los conocidos por la doctrina civilista como daños indirectos o *de rebote*¹⁸³.

El ámbito conflictual emerge cuando quién reclama es algún pariente o allegado del causante tras la materialización del *exitus* de este¹⁸⁴ y consecuente extinción de la

¹⁷⁸ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, pág. 116, señala esta STS de la Sala Primera, de 27 de julio de 2006 (ROJ 5866/2006), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios como exponente de la concepción de la doctrina del daño.

¹⁷⁹ Mariano MEDINA CRESPO, “Los daños: tipología y valoración”, *REFC*, núm. 16, julio-diciembre, 2011, pág. 23, calificaba al Magistrado como el “que más sabe sobre daño corporal”.

¹⁸⁰ Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Daño”, en la obra editada por Pablo SALVADOR CORDERCH, *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 5ª edición, *InDret*, Barcelona, 2016, págs. 244 a 245.

¹⁸¹ Así por ejemplo Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño”, en la obra coordinada por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 362; o Ramón MACIÀ GOMEZÍ, “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro (RRCS)*, núm. 36, 2010, págs. 22 a 23.

¹⁸² Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, pág. 118.

¹⁸³ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General*, Dikynson, Madrid, 2015, pág. 166.

¹⁸⁴ He apuntado que el problema introducido en este párrafo conlleva una disminución considerable de la seguridad jurídica que debe regir en las normas rectoras de cualquier sociedad en el

personalidad jurídica conforme señala el art. 30 CC, ya que la muerte en sí misma no parece ser un daño indemnizable. Como cuestión previa cabe destacar la notoria importancia de la distinción entre parientes y demás allegados en el ámbito de los hipotéticos sujetos legitimados para reclamar la responsabilidad por muerte de un tercero.

Ante esta situación señala MARTÍN CASALS que, en estas circunstancias, pese a compensarse casi automáticamente por daños morales a los familiares directos de la víctima primaria –es decir, el padre, la madre, el cónyuge, los hijos– también deben ser indemnizadas las personas que no tienen “un lazo familiar directo con el lesionado si demuestran, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, que han mantenido un vínculo afectivo real con la persona lesionada”, siendo una postura que suele adoptarse por lo general en el derecho civil europeo¹⁸⁵. De este modo, en España, la jurisprudencia de las salas de lo civil y de lo penal del TS, tienden a valorar positivamente, en pro del resarcimiento, la existencia de un fuerte vínculo sentimental demostrable entre el causante y otra persona. Por ejemplo, los restantes miembros de su familia extensa o incluso la pareja de hecho no registrada, ampliando de este modo el círculo de legitimados¹⁸⁶.

En la jurisdicción contencioso-administrativa no hay diferencia. El TS viene aceptando la ampliación del círculo de legitimados incluso en aquellos casos de “relación

sentido de dar la seguridad del Derecho, lo que significa que el derecho ha de tender a conformarse con un mínimo nivel de certeza o confianza, tal y como apunta María Jesús MONTORO CHINER, “Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos”, *DA*, núms. 256-266, enero-agosto, 2003, págs. 320-321, y no impulsar al administrado a jugar a la ruleta rusa partiendo de una tesis u otra según el criterio del juzgador. De estas problemáticas situaciones también se hace eco, a través de la muestra de algunos ejemplos, Carlos ABAL LOURIDO, “El principio de seguridad jurídica y la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista Gallega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 51, enero-junio, 2016, págs. 306-309.

En el ámbito de la transmisibilidad o intrasmisibilidad del derecho a ser indemnizado veremos la difusa rotundidad jurídica que existe y, el gran riesgo de considerarse deslegitimado en función de la *causa petendi*.

¹⁸⁵ Miquel MARTÍN-CASALS, “Conceptos prejudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa”, *InDret*, Barcelona, abril, 2013, pág. 24.

¹⁸⁶ Lo expresa con cierta extrañeza y desconfianza hacia la seguridad jurídica Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”, *InDret*, Barcelona, abril, 2015, págs. 18 y 19, apuntando además que “[e]n el lado opuesto al derecho inglés se encuentra el ordenamiento español, donde se amplía hasta límites, a veces insospechados, el círculo de legitimados (excepto en el ámbito de los accidentes de circulación) por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de la Sala de lo Civil como de la Sala de lo Penal”.

Piénsese, a modo de ejemplo, en el fallecimiento del menor desamparado que se encuentra en acogimiento familiar (simple, permanente o incluso preadoptivo) en familia extensa o ajena. En estos casos, tal y como señala Ángeles DE PALMA DEL TESO, “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, en la obra colectiva coordinada por Antonio EZQUERRA HUERVA, *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 284, la persona o familia de acogida asume la guarda y el ejercicio ordinario de las funciones tutelares sobre el menor. En función de circunstancias variables y propias de cada caso, como por ejemplo tiempo transcurrido del acogimiento y previsión de futuro, bienestar del menor en la familia de acogida, ¿podría considerarse la relación de éste con los acogedores como situación digna de resarcimiento, excluyendo así a los progenitores?

estable de convivencia afectiva” o, más ampliamente aún, cuando se trate de “análoga relación de afectividad a la de cónyuge”. Es más que ilustrativa la STS de 5 de noviembre de 2001, de la que fue ponente Francisco González Navarro, que podemos considerar uno de los exponentes más valiosos en materia de reconocimiento de la amplitud de la legitimación resarcitoria conforme a los estandartes de la justicia material y concepción social del momento, que bien vale la pena contar¹⁸⁷. Se trata de un lamentable suceso que ocurrió en el marco de un curso básico de paracaidismo en la Escuela militar “Méndez Parada” de Alcantarilla (Murcia) cuando uno de los alumnos del mismo (de 18 años de edad) saltó sin que se le abriese el paracaídas. En este caso se acabó indemnizando a la hija del finado, a los padres y también a la pareja del mismo (de 15 años de edad). El epicentro del problema, a los efectos que ahora interesan, radicaba en el reconocimiento de la indemnización a esta última porque no estaba casada con el causante ni tampoco se acreditó que viviera a expensas de él. El tribunal, con una destreza inapelable y marcando una doctrina que va mucho más allá del concreto caso que entonces fue objeto de enjuiciamiento, dibujó un alegato que bien merece la pena ser transcrito:

“Si inaceptable resulta confundir la responsabilidad extracontractual con la sucesión *mortis causa* y con el derecho a pensión, no menos rechazable es este otro argumento que maneja el Abogado del Estado. Y es por ello, debemos empezar recordando que la Administración pública, (artículo 103, CE), porque el derecho es previo a la ley, a la que sirve de fundamento, y a la que justifica y vivifica. Y debemos añadir también, que se sabe muy poco de cosas profundas cuando, con olvido de ese precepto constitucional, se pretende que la relación entre un hombre y una mujer no debe producir efectos o consecuencias jurídicas respecto de la madre porque ésta, al no haber estado casada con el fallecido, es una extraña [sic]. No debe ser así cuando a la hija habida de esa relación se le ha indemnizado, y desde luego, las convicciones de nuestro tiempo (argumento ex artículo 3, C.Civil), parecen discurrir por derroteros menos formalistas, precisamente porque la tarea del intérprete del derecho ha de llevarse a cabo descendiendo a los estratos profundos en que aquélla – la ley – hunde sus raíces, que es lo que quiere decir el artículo 103 CE. Porque este precepto, cuando habla de sujeción de la Administración a la ley y al derecho, lejos de incurrir en redundancia, o de acogerse a un estéril recurso retórico, está incitando al operador jurídico de turno a buscar lo jurídico que se esconde bajo el ropaje o vestidura de la ley”.

Hoy en día parece ser pacífico el hecho de reconocer el derecho a indemnización *mortis causa* a aquellas personas que puedan demostrar lazos afectivos de cierta entidad con el perjudicado primario (el fallecido), desenvolviéndose estos en el que

¹⁸⁷ STS de 5 de noviembre de 2001 (ROJ 8558/2001), Ponente: Francisco González Navarro. A esta sentencia se refiere Manuel REBOLLO PUIG, “Capacidad, representación...”, *op. cit.*, pág. 68, hablando de la adquisición del derecho a ser indemnizados por la Administración *ex iure proprio* aquellos que dependían del causante o que mantenían lazos afectivos con él.

puede ser ya un extenso grupo matriz de perjudicados secundarios¹⁸⁸, siempre con la toma en consideración (por su importante incidencia) de las circunstancias de cada caso¹⁸⁹.

Por este orden de cosas también deviene interesante la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2014, concedora de una reclamación de responsabilidad patrimonial por la muerte del hijo y al mismo tiempo pareja de los reclamantes a raíz de la caída de un árbol. Estos, el padre y la novia del causante acudieron por separado a la vía administrativa previa.

Una vez producida la desestimación presunta de la misma, los dos reclamantes decidieron acudir a la vía jurisdiccional conjuntamente bajo una misma dirección letrada. Sin embargo, al poco tiempo de la interposición del recurso contencioso-administrativo falleció el padre, subrogándose en su lugar las tres hijas supervivientes (y hermanas, al mismo tiempo, del causante). Uno de los puntos conflictivos con los que tuvo que lidiar el TSJ fue la falta de legitimación activa de la novia (pareja de hecho no registrada) del perjudicado primario, por falta de acreditación de la relación de afectividad como alegación presentada por el Ayuntamiento de Madrid y su aseguradora, Zurich. Aceptando el Tribunal la posibilidad de reclamar de la misma, desestima su petición por considerar endebles las pruebas presentadas por ella a fin de demostrar la relación, entendiéndose como pruebas el certificado de empadronamiento conjunto y la información relativa a una cuenta bancaria (sumándole el hecho de que en vía jurisdiccional se había unido al padre del fallecido)¹⁹⁰.

Pese que al parecer no sea problemático el reconocimiento de la posibilidad de reclamar la indemnización por muerte de un círculo más extenso de legitimados, parece que el fantasma de la prueba de la *relación de afectividad* planea con fuerza sobre los legitimados más *extraños*. Otro hubiera sido el desenlace si, por ejemplo, la novia del perjudicado primario hubiese sido, al mismo tiempo, madre de su hijo. No obstante, esta no es la única prueba (aunque sí extremadamente potente) acreditante de una relación de afectividad, ya que, el propio TSJ de Madrid sostuvo que “[a] pesar de que los medios a través de los cuales acreditar la existencia de una relación como pareja de hecho entre

¹⁸⁸ Tanto Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Indemnización por causa de muerte...”, *op. cit.*, a lo largo de su trabajo, como Miquel MARTÍN-CASALS, “Conceptos prejudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte...”, *op. cit.*, pág. 5, aluden a hablar de “víctima primaria” para referirse al fallecido, y de “víctima secundaria”, para referirse al familiar o allegado perjudicado por la muerte de la víctima primaria.

¹⁸⁹ Tal y como lo recuerdan Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 3185, con referencia expresa a la STS de 28 de febrero de 1995 (ROJ 1139/1995).

¹⁹⁰ STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2014 (ROJ 13668/2014), Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos. Como curiosidad añadida cabe remarcar además (fraguando aún el debate de la inadmisión o la desestimación de fondo por falta de legitimidad) que debido a que se trataba – efectivamente – de carencia de legitimación *ad causam* lo que no cabía era inadmitir su recurso, sino desestimarlo por tratarse de un asunto de fondo.

doña Isidora y don Ángel, hubieran sido diversos y a través de los cuales se hubiera podido constatar la existencia de ese ‘rastros’ como pareja de hecho (...)” no interpretó que los aportados mostraran sin claroscuros la realidad fáctica.

Una vez recorrido este fugaz viaje, y cambiando ya de plano –para volver a encaminarme hacia el debate que pretendía abrir–, desde un primer momento se habrá percibido, a pesar de los ejemplos antes dados, que esta discusión se puede enmarcar con suma facilidad en el específico campo de la responsabilidad patrimonial sanitaria, o lo que es lo mismo, la petición de indemnización por parte de los familiares o allegados que fueron pacientes de la sanidad pública, ámbito sin duda, que mayor rendimiento jurídico proporciona¹⁹¹. Ahora bien, ello sin perjuicio de que este tipo de daño puede cohabitar en muchos otros ámbitos de la actividad administrativa como por ejemplo los accidentes de tráfico, accidentes en lo tocante a obras públicas, u cualquier otro.

Estos supuestos se podrían enarbolar como la excepcionalidad de la regla general –dependiendo de la tesis que se siga al reclamar, como se verá– de la legitimación del propio perjudicado. En principio, el perjudicado primario es el sujeto al que directamente la actuación administrativa (o de sus agentes) ha lesionado antijurídicamente, provocando el nacimiento de, al menos, la acción de responsabilidad patrimonial conforme al art. 32 de la LRJSP¹⁹². ¿Pero en concepto de qué? Se trata de una cuestión no poco polémica, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y aunque haya estado objeto de prolijos debates, continúa canalizándose como un obstáculo en el *iter* de la reclamación que puede salpicar principios tan elementales como la seguridad jurídica, el principio *pro actione* o el principio de indemnidad de la víctima¹⁹³.

Adentrándome en este campo, la discusión planea sobre las dos posturas existentes en el marco del título jurídico canalizador de la reclamación: en primer lugar, la postura de la transmisibilidad del derecho a ser indemnizado y; en segundo lugar, la

¹⁹¹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración Pública en razón de daños causados por el funcionamiento de servicios públicos”, en la obra colectiva coordinada por José María BAÑO LEÓN, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo III, CEPC, Madrid, 2016, pág. 2764.

¹⁹² Ya que en este supuesto van a ser unos terceros en situación de especial afectividad con el sujeto originariamente lesionados los reclamantes, arriesgándose a la inadmisión procedimental (y luego procesal) de la reclamación en caso de no solicitar por la causa de pedir oportuna, o tal y como dice Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pág. 616, “se declarará inadmisibile la reclamación (...) si el reclamante es persona distinta de la que sufra la supuesta lesión”.

¹⁹³ El principio del *favor actionis* como garante último de la admisión de recursos (o, en este caso, reclamaciones), puede aquí jugar un papel importante para contemplar correctamente la tutela judicial efectiva dado a la larga tradición en el campo de la responsabilidad patrimonial. Véase más sobre ello en el completo artículo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de la interpretación más favorable al derecho...”, *op. cit.* En cuanto al principio de la indemnidad total de la víctima véase el estudio de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones”, *REDA*, núm. 156, octubre-diciembre, 2012, principio que, también preside el instituto de responsabilidad patrimonial tal y como señalan las SSTS de 19 de junio de 2012 (ROJ 4530/2012), Ponente: Celsa Pico Lorenzo; o de 12 de enero de 2015 (ROJ 13/2015), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

postura que defiende la intransmisibilidad de la misma. Este debate se halla tanto en sede doctrinal, y lo más grave, se recrudece en sede judicial¹⁹⁴, ámbito en el que se puede contemplar el riesgo de una posible inadmisibilidad de la solicitud o posterior recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación *ex art.88.5 de la LPAC o 51.1 b) de la LJCA*, o bien, la desestimación sobre el fondo del asunto.

b) La tesis de la intransmisibilidad de la indemnización mortis causa a los derechohabientes

La línea divisoria de las dos teorías colinda, primeramente, con la perspectiva de la tesis de la intransmisibilidad como aquella encaminada a denegar la indemnización a los padres, hijos, cónyuges, etc., por los daños biológicos sufridos por sus familiares, tesis que puede considerarse como la postura más netamente tradicional en el derecho administrativo (y también en el derecho civil)¹⁹⁵ y, por ahora, mayoritaria, pero con una cierta tendencia hacia la evolución¹⁹⁶. Dicho de otro modo, esta tesis representa la defensa de la reclamación de responsabilidad *ex iure proprio*, o lo que es lo mismo, que los familiares o allegados reclamarán, más que la muerte en sí del perjudicado primario, los daños morales (también conocidos como daños *de rebote*) provocados a ellos mismos, arraigados en el fallecimiento de aquél.

Se realiza la presente, por otra parte, como una cuestión de derecho substantivo (o de fondo como legitimación *ad causam*), pero con una vinculación directa a la legitimación activa –tanto procedimental como procesal– de los sujetos reclamantes, lo que la convierte asimismo en el *punctum dolens* del derecho adjetivo aplicable a este procedimiento común con especialidades de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Antes bien, con la finalidad de abrir el telón de la tesis de la intransmisibilidad debo explicar, aunque sucintamente, los principales argumentos que tradicionalmente la han sostenido¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Como se verá a continuación, la dualidad doctrinal sobre una postura u otra puede repercutir negativamente en aquellos familiares que pretendan pedir responsabilidades y, en consecuencia, un planteamiento erróneo de la cuestión legitimadora (por mucho que no dependa del solicitante) puede provocarle la inadmisión o desestimación de la responsabilidad por falta de legitimación activa *ad causam*.

¹⁹⁵ Véase, en este sentido, Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, pág. 115.

¹⁹⁶ Sobre esta concepción teorizaba el profesor Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, pág. 115, al afirmar sobre la tesis de la intransmisibilidad que “...es una manifestación más del viejo prejuicio a la indemnización del daño moral”, y siguiendo: “[e]s sabido que, históricamente, siempre ha habido una fuerte resistencia a que los daños corporales y, sobre todo, los morales fueran objeto de indemnización alguna, de modo que cuando finalmente se impuso la postura favorable a su resarcimiento, la doctrina reticente a su admisión se opuso entonces a su transmisión hereditaria”. Doctrina que aún en los tiempos actuales sigue en pie, aunque parece ser que va perdiendo fuelle, tal y como veremos a continuación.

¹⁹⁷ Uno de los partidarios exponenciales de esta doctrina es Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2775 a 2781. A modo de ejemplos ciertamente recientes, el autor cita algunas sentencias como prueba de la negación de

El primer argumento y cuyo carácter es céntrico, es el considerar *la naturaleza jurídica del daño corporal que pone fin a la vida como personalísima*, sin que pudiera la indemnización comprenderse dentro de los derechos heredables (contenidos en el artículo 659 del CC). Este es también el sentir mayoritario de las Salas del Tribunal Supremo, que suelen negar que la pérdida de vida represente un daño que haga nacer ficticiamente sobre la cabeza del fallecido un derecho de crédito transmisible *ex iure hereditatis*¹⁹⁸. Sin embargo, como excepción o matiz a esta regla, se va a permitir la transmisibilidad sólo si se lleva a cabo a través de la figura jurídica de la sucesión procedimental o procesal. Es decir, si el perjudicado primario ha ejercitado la acción de reclamación de la responsabilidad patrimonial, sus derechohabientes podrán sucederle en la misma conforme los artículos 4.3 LPAC o 22 LRJCA (en conexión con el 16 de la LEC), en función de la sede en la que se encuentre¹⁹⁹. Este hecho es criticado –razonablemente en mi opinión– por DE LA OLIVA SANTOS, ya que no depende del ejercicio del derecho de crédito su realidad porque el mismo es preexistente una vez cumplidos los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y “es personalísimo

estos a admitir la transmisibilidad del derecho a indemnización *mortis causa*. Estas sentencias son la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2014 (ROJ 10140/2014), Ponente: María del Mar Fernández Romo; STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2013 (ROJ 3387/2013), Ponente: Ángeles Huet de Sande; o la STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2011 (ROJ 5652/2011), Ponente: Ángel Francisco Suárez-Bárcena Morillo-Velarde. Obsérvese que, al parecer, el TSJ de Madrid se muestra especialmente partidario de considerar el derecho a indemnización como puramente personalísimo y, en consecuencia, intransmisible. Todo ello sin perjuicio de lo que expondré más adelante.

¹⁹⁸ Véase a modo de repaso jurisprudencial el antes citado artículo de Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, págs. 130 a 132; o Pilar DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “Daño moral derivado de muerte y de lesiones corporales”, en la obra colectiva dirigida por Fernando GÓMEZ POMAR e Ignacio MARÍN GARCÍA, *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015, págs.328 a 345, que analiza la jurisprudencia de las tres primeras Salas del TS sobre la transmisibilidad o intransmisibilidad vía herencia de los daños *mortis causa* del perjudicado primario.

En el mismo sentido lo apunta Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Indemnización por causa de muerte...”, *op. cit.*, págs. 16 y ss., al estudiar el *Common Law* en términos comparativos con el modelo anglosajón y, más concretamente, con el inglés. Determina la autora que la práctica habitual en el Derecho continental es que los legitimados por muerte de un familiar o allegado reclamen por el propio dolo que sufren ellos mismos, no por la cabeza de la víctima primaria.

También lo sostiene en la misma línea Miquel MARTÍN CASALS “Conceptos prejudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte...”, *op. cit.* pág. 14.

¹⁹⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2769 a 2770, utiliza de ejemplo de este hecho la STSJ de las Islas Canarias, de 30 de diciembre de 2005 (ROJ 5209/2005); Ponente: Francisco José Gómez de Lorenzo-Cáceres; y la STSJ de Murcia, de 12 de diciembre de 2008 (ROJ 3325/2008), Ponente: María Consuelo Uris Lloret. Especialmente la primera de las citadas especifica que si el fallecido reclamó en vida “los herederos –que tengan el concepto de perjudicados– tienen derecho a las indemnizaciones que se debían a su padre; si no reclamó no pueden tener derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto este, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla”.

Algo parecido, y aún más sorprendente aún sucede en la jurisdicción civil, que reconoce la legitimación de los herederos a reclamar los daños corporales del perjudicado primario siempre y cuando con anterioridad a la muerte de este haya quedado establecidas (*p. ej.* por el informe del médico forense) las lesiones sufridas por el fallecido, tal y como se encarga de establecer la STS de la Sala Primera de Pleno de 13 de septiembre de 2012 (ROJ 7648/2012), Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

desde que nace o no lo es”, porque el derecho nace con la producción del daño²⁰⁰. En el mismo sentido se postula CANO CAMPOS al afirmar que una vez “[c]ausada la lesión al particular en cualquiera de sus bienes y derechos, nace el crédito resarcitorio”²⁰¹, ya que los derechos subjetivos no nacen cuando son declarados por alguna resolución administrativa o judicial, sino que existen cuando se produce el daño, y precisamente es este el que legitima a la víctima para exigir la indemnización por responsabilidad patrimonial²⁰². Por tanto, no parece ser conflictiva –al menos doctrinalmente– la sucesión en la acción.

Siendo esto así, cabe mencionar en este momento la nueva propuesta alternativa, de naturaleza “netamente iuspublicista” y desconectada del “derecho personalísimo” como clave de bóveda de la tesis que realiza el profesor DE LA OLIVA SANTOS en defensa de la postura de la intransmisibilidad²⁰³. Parte el autor de que la responsabilidad patrimonial administrativa tiene una naturaleza especial de derecho público y, consecuentemente, debe ser desvinculada de la naturaleza *iusprivatista*. En aras de la naturaleza pública defiende que “esté concebida y deba existir con la finalidad *limitada* a resarcir el daño *solamente a quien en concreto lo haya sufrido*”, por la llana razón de que los recursos públicos son limitados y no se deberían destinar a incrementar el patrimonio de los sucesores –con el consiguiente lucro que ello provocaría debido a la muerte del causante–²⁰⁴. Junto con todo ello, reaviva la llama de lo que es ya todo un tópico –no sólo en la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino en el entero mundo del *derecho de daños*– que responde a que la figura de la responsabilidad (en este caso del Estado) no debe ser “un asegurador universal de toda clase de riesgos”²⁰⁵.

²⁰⁰ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2772 a 2774.

²⁰¹ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, págs. 138 a 140.

²⁰² Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, pág. 140. Sobre la naturaleza del derecho subjetivo lo explica de forma sucinta Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, págs. 442-403, al describirla como figura prestada del Derecho Privado y que constituye a los particulares por su relación con la Administración, y que pueden derivar de una norma de cualquier tipo o de un acto administrativo. Y añadido, efectivamente el acto administrativo puede ser un acto administrativo ilícito –comparable con lo establecido en el artículo 1089 del CC–, del cual nacería la responsabilidad por daños de la Administración. Véase a razón de este último efecto Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, decimocuarta edición, Edisofer, Madrid, 2011, págs. 917 y ss.

²⁰³ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2776 a 2781.

²⁰⁴ Insiste especialmente Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2776 a 2781, en el carácter publicista que debe tener la visión, que debe desligarse de “los conceptos y reglas de la responsabilidad jurídica extracontractual y otros elementos del Derecho privado”, que no son siempre trasladables por entero al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

²⁰⁵ El mismo autor es consciente de las críticas que puede recibir en torno a la finalidad de la reducción del número de indemnizaciones, o más bien, de la cuantía de las mismas (ya que en términos pecuniarios no es lo mismo indemnizar por el daño corporal provocador de la muerte, que por los daños morales provocados a los derechohabientes) y el de atajar abusos. Ello lo pone de manifiesto en la página

Sin embargo, y lo adelanto ya, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, esta teoría me suscita algunas dudas.

c) *La tesis favorable a la transmisibilidad de la indemnización mortis causa a los derechohabientes*

En el lado opuesto de la franja del debate se encuentra la posición que encabeza –al menos en la doctrina administrativista– CANO CAMPOS, la posición de la visión permisiva hacia la transmisibilidad vía sucesoria de la indemnización *mortis causa* a los familiares o allegados, una línea que, en la actualidad doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial, como ya he mencionado en líneas anteriores, parece ser minoritaria. Sin embargo, no es menor el peso de los argumentos que ofrece esta postura que, además, encuentra un potente respaldo en la doctrina civilista que, parece posicionarse en contra de la confluencia tradicional hacia la intransmisibilidad en esta materia. Precisamente esta influencia *iusprivatista* ha sido criticada recientemente por DE LA OLIVA SANTOS, empuñando la defensa de la pura teorización de la naturaleza administrativista de la responsabilidad patrimonial, pero no sin cierto olvido de los numerosos puntos comunes de ambas responsabilidades y del hecho de que la figura de esta en el ámbito público fue recibida del derecho privado²⁰⁶.

Pero en lo que refiere a los argumentos ofrecidos por CANO CAMPOS está que el derecho de crédito derivado de la muerte “se integra en la herencia y es transmisible *mortis causa*”, de conformidad con el artículo 659 del CC. Dicho precepto enumera genéricamente los elementos comprensibles en la herencia como aquellos bienes, derechos y obligaciones no extinguidos por la muerte²⁰⁷. Lo cierto es que el análisis interpretativo de la jurisprudencia civil del TS sobre el contenido del mencionado artículo tiende a señalar que la consideración de los derechos personalísimos como

2781 del citado trabajo: Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*

²⁰⁶ Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado...”, *op. cit.*, págs. 2776 a 2781, se muestra bastante crítico con la aplicación en bloque del cuerpo doctrinal y normativo del “Derecho de daños” civil.

Sin embargo, creo que no debe olvidarse que la recepción de la responsabilidad patrimonial se produjo a raíz de la influencia del artículo 1902 del Código Civil, juntamente con otras doctrinas emergentes en la Europa de mediados del siglo pasado. Sobre este aspecto véase Fernando GARRIDO FALLA, “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *RAP*, núm. 119, mayo-agosto, 1989, págs. 7 a 48, o en concreto en la pág. 12 señala que “la responsabilidad patrimonial en sentido estricto, en cambio, es la consecuencia de la recepción en el campo *ius publicista* de la teoría civilista de la responsabilidad”.

En el mismo sentido lo ponen de manifiesto Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, tomo II, págs. 380 a 385, al hacer un breve repaso a la aceptación de la recepción de la teoría de la responsabilidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁰⁷ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, pág. 146. El autor, además, cita a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Manuel REBOLLO PUIG, y a Mariano MEDINA CRESPO como también partidarios de este posicionamiento de la transmisión *ex iure hereditatis* de la indemnización por causa de muerte.

intransmisible, sin perjuicio de algunas salvedades²⁰⁸. En este orden de cosas, es precisamente una salvedad la que apunta el citado autor para avalar la transmisibilidad del derecho al resarcimiento del daño –con sustento en la doctrina civilista especializada en derecho de sucesiones–: que el derecho a la reparación del daño es perfectamente transmisible porque no deja de ser una lesión ocasionada a una persona durante su vida y como tal, el nacimiento de la acción resarcitoria se produce en ese momento²⁰⁹, con independencia además de si se ha ejercido o no la misma.

Y ello es así en tanto en cuanto el derecho no nace con una resolución procedimental o procesal, sino en el momento de producción efectiva del daño causante de la muerte. La justificación reside en que la pretendida resolución se observa como un reconocimiento de mero carácter declarativo, y no constitutivo; y consecuentemente tiene lógica percibir el nacimiento del daño causante de la muerte –y, por tanto, su acción de resarcitoria– arraigado al momento de su producción. Ello es consecuencia, pura y simple, de lo estipulado en el artículo 1089 CC (las obligaciones nacen de los actos u omisiones ilícitos), al ser el origen legal primitivo de la responsabilidad civil por daños que se canaliza luego, a través del artículo 1902 CC, que, a su turno, es el fundamento legal de la responsabilidad patrimonial. Ligeramente parecida ha sido la nueva tesis abanderada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que además perfila este posicionamiento con una clara tendencia a mantenerse. Me refiero a las SSTs de 13 de

²⁰⁸ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, pág. 147. Aunque se refiere a las dos viejas sentencias del TS, también –más recientemente– lo ha señalado así la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 7 de mayo de 2014 (ROJ 1769/2014), Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Y, en línea con sus afirmaciones, nada se dice del derecho a ser resarcido por los daños no patrimoniales, lo que sigue validando sus argumentos.

²⁰⁹ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, págs. 147-148 explica que: “[e]n cuanto a los derechos personalísimos, los comentaristas del artículo 695 del CC señalan que son absolutamente inherentes a cada persona los derechos de la personalidad (honor, libertad, integridad física y moral), por lo que resultan irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles, pero precisan de inmediato que el derecho a la reparación del daño causado a los mismos es claramente transmisible. De este modo, distinguen certeramente el carácter personalísimo de tales bienes y derechos del crédito resarcitorio por su lesión, pues, aunque los primeros son innatos intransmisibles y, por ello, no cabe incluirlos en la herencia, «el derecho a obtener indemnización de los daños y perjuicios por lesiones ocasionadas a una persona durante su vida constituye un derecho de crédito perfectamente transmisible, el cual pasará a integrar su herencia en caso de fallecimiento»”.

En este sentido, por ejemplo, Natalia ÁLVAREZ LATA, “Comentario al art. 659”, en la obra coordinada por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 822-823, dispone que pese a considerar efectivamente como transmisibles las acciones nacidas en vida del causante, a continuación, estipula que el resarcimiento por muerte corresponde a los perjudicados *iure proprio*. Pero esto último al menos parece dudoso, ya que sobre la transmisibilidad de aquellas acciones nacidas en vida del causante sí que la doctrina civilista encuentra unanimidad, pero no sobre los efectos que ello –naturalmente– produciría en relación con la transmisibilidad sucesoria de la acción de reclamación por el daño mortal.

En la misma línea –en cuanto a la transmisibilidad de las acciones nacidas en vida del fallecido– José Antonio MARTÍN PÉREZ, “659”, en la obra colectiva dirigida por Ana CAÑIZARES LAZO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Código civil comentado. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Vol. II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 250.

septiembre de 2012 y, más nuevamente, a la de 20 de mayo de 2015, dos resoluciones que apuntan que el momento del nacimiento del derecho a reclamar daños y perjuicios se produce como consecuencia, por ejemplo, del accidente que ofende la integridad física de la víctima, esto es, pues, “con el daño y en virtud del daño”²¹⁰.

Volviendo a los argumentos en *pro* de la tesis de la transmisibilidad hereditaria del derecho al resarcimiento, cabe destacar, como señala su defensor, CANO CAMPOS, que también se pueden hallar en otros preceptos legales y no necesariamente en el artículo que prevé el contenido de caudal relicto hereditario²¹¹. Es ejemplo de ello el artículo 1112 del CC que estipula que “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. Pero esto no deja de tener relación con la legitimación subrogatoria de los acreedores que marca el artículo 1111 CC, en tanto en cuanto se discute la transmisibilidad o intransmisibilidad de la acción de persecución de los derechos y acciones del deudor. ¿Es perseguible, por tanto, la acción de reparación económica de los daños mortales? Sobre ello, en la perspectiva del daño moral, se ha postulado, también desde la disciplina civil, JORDANO FRAGA, recordando en primer lugar, la tradicional doctrina mayoritaria contraria a que baste que un derecho o acción sea enajenable o heredable para admitirse la legitimación subrogatoria de los acreedores del titular del derecho o acción²¹². Porque no todo lo heredable es susceptible de ser ejercitado en vía

²¹⁰ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, págs. 138-142. El propio autor apunta a las decisiones judiciales que amparan su argumentación, como es ejemplo la ya citada STS de la Sala Primera de 13 de septiembre de 2012 (ROJ 7648/2012), Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. Esta es una doctrina que más recientemente también acoge el alto tribunal en la sentencia de 20 de mayo de 2015 (ROJ 2728/2015), Ponente: Eduardo Baena Ruiz, con cita expresa de la anterior. En consecuencia, parece pacífico el hecho de considerar que la acción por daños nace en el momento de producción del mismo, lo cual es de gran relevancia en cuanto a su transmisibilidad puesto que, de ser así, sería transmisible el daño mortal con arreglo a la postura mayoritaria sobre la transmisibilidad de aquellas acciones nacidas en vida del causante.

Este parámetro debe tenerse en consideración también desde el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial, que según el artículo 67.1 de la LPAC el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. Por tanto, es a partir de ese momento, por ejemplo, cuando se produzca el hecho, que nace el derecho a reclamar, esto es, en vida del causante.

Sobre la naturaleza constitutiva del daño también lo considera de manera unívoca Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pág. 159, al constatar “[q]ue el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda”.

²¹¹ Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, *op. cit.*, págs. 150-152.

²¹² FRANCISCO JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 Cc.)*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 95-98. Según el propio autor, la doctrina mayoritaria consideraba que se ampliaría desproporcionalmente el cauce de la legitimación subrogatoria si pudiera realizarse ante todo derecho o acción que fueren enajenables o heredables. Las razones de la amplitud se conformaban principalmente en dos: la primera, que existen derechos o acciones enajenables por su titular pero que no forman parte de aquellos en los que sus acreedores puedan subrogarse (por ejemplo, la propia indemnización por daños morales); y segunda, en la misma línea, hay derechos o acciones heredables, pero no se encuentran dentro del ámbito objetivo de aplicación de la legitimación subrogatoria.

subrogatoria. Pero en su razonamiento y, según vengo señalando en el debate de fondo del presente epígrafe, el autor abre la puerta a considerar como parte de la herencia derechos o acciones personalísimas del causante, por la razón de considerarse al heredero como “continuador de la personalidad de su causante”²¹³, cauce a través del cual se contemplaría la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial.

No obstante, es en el campo específico de la responsabilidad civil donde las voces más autorizadas de la doctrina civilista han comenzado a alzar la voz en defensa de una posible transmisibilidad hereditaria de la acción a reclamar, en la misma línea que defiende el profesor CANO CAMPOS. Lo cual significa no sólo que la clásica tesis de la intransmisibilidad es cuestionada en el orden administrativo, sino que parece adentrarse en la penumbra de la crisis existencial, de una forma genérica para la responsabilidad civil, con independencia de la disciplina jurídica de que se trate. En este sentido, se muestra partidaria también de la postura de la transmisibilidad VICENTE DOMINGO, hasta el punto de que califica de sofisma la teoría abanderada por el TS durante tantos años relativa al fallecimiento instantáneo de la víctima primaria y la intransmisibilidad del crédito a los herederos de esta²¹⁴. Aunque la función de la responsabilidad civil sea reparadora y, como tal no puede devolverse a la vida a alguien que ha llegado al óbito, no es menos cierto que el daño se infiere a la misma persona, víctima primaria, y, en consecuencia, debe resarcirse económicamente ese daño moral, con independencia del eventual *pretium affectionis* al que los parientes tendrían derecho²¹⁵. Es claro que debe entenderse producido el daño causante de la muerte en el primer momento que se le infiere a la víctima, y siguiendo lo que señala YZQUIERDO

²¹³ FRANCISCO JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria...*, *op. cit.*, págs. 100-101, decía textualmente: “[e]n una palabra, que la sucesión *mortis causa* a título universal se extienda a las titularidades del causante personalísimas, extrapatrimoniales o indisponibles (que no dejan de serlo para el heredero-sucesor), se explica desde los efectos peculiares del título de heredero) (...)”.

²¹⁴ Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en la obra colectiva coordinada por Luis Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 396. Señala la profesora que esto –como lamentablemente tantas otras cuestiones en el actual ordenamiento jurídico– responde a una finalidad escondida: la voluntad de evitar una doble indemnización a los herederos, una por los daños mortales de la víctima primaria y dos, por los daños morales causados a ellos mismos.

²¹⁵ Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, *op. cit.*, pág. 398, considera que además de la posibilidad de fijar un mínimo indemnizatorio como valor simbólico por la pérdida de la vida de una persona, también se puede (que no debe) darse la situación de una eventual indemnización por daño moral acaecido a los parientes que sí demuestren su padecimiento.

En línea con esto último Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pág. 399, explica que la diferencia entre ser resarcido *ex iure hereditatis* y ser resarcido *ex iure proprio*, reside en que en el primero de los supuestos se obtendrá el resarcimiento de los daños con sólo acreditar la condición de heredero, mientras que en el segundo de los supuestos deberán acreditar efectivamente el hipotético daño moral. Sin estar en desacuerdo con ello, también convendría plantearse la problemática de la grave conflictividad hereditaria, ya que muchas veces la herencia ni se resuelve, ni los llamados a la herencia (juntamente con los posibles legatarios) se ponen de acuerdo con la posible partición, lo que en muchos casos puede llevar a la extenuante litigiosidad, con lo cual se invertiría la dificultad hereditaria en estos casos, conformándose el daño moral en el más fácil de probar.

TOLSADA, “siempre cabe entender que existe un *segundo jurídico* en el cual el derecho [de crédito y a la acción] ha ingresado en el patrimonio”²¹⁶ del causante.

d) *¿Hacia un cambio de tendencia? La tesis de la determinación del daño y otras variables*

El encauzamiento de la ola de cambio de paradigma en la doctrina jurisprudencial civilista no es tan sencillo; ya que, pese a haberse hecho algún avance en la materia hacia la transmisibilidad, no se trata de un cambio radical, sino de un cambio que se ha quedado a medio camino. Por tanto, será más correcto señalar que en la actualidad nos situamos en un paso intermedio entre las dos teorías. Con la finalidad de comprender en qué punto del tablero estamos, es necesario explicar la vertiente que desarrolla la Sala Primera del TS²¹⁷, que en las últimas fechas alguna sala de lo contencioso-administrativo también ha adoptado como fuente de inspiración.

El supuesto de hecho hundía sus raíces en un accidente de ciclomotor que provocó unas graves lesiones a un menor de edad que iba de paquete y que, al cabo de un tiempo, desembocaron en su fallecimiento. El hecho es que su deceso se produjo al cabo de cinco meses después del alta médica, cuando ya se encontraba en “estado vegetativo persistente”. Como sus únicos herederos en esa ocasión eran los padres, estos decidieron reclamar la mayor de la indemnización en concepto de incapacidad transitoria y permanente, pero no como perjudicados del fallecimiento en sí mismo. De la elucubración refutatoria del TS de la tesis de la intransmisibilidad pura que la Audiencia Provincial de Badajoz había aplicado nacen dos ideas para abrir la puerta de la transmisibilidad. La primera ahonda en que surge el derecho de la víctima a ser resarcido como consecuencia del hecho dañoso (accidente)²¹⁸, idea que por sí sola generaría un cambio radical de tendencia. Pero junto con ella, también exige en segundo plano como requisito acumulativo e ineludible, que se haya individualizado y fijado la entidad del daño mediante las pruebas médicas correspondientes (informe médico-forense u otros). Esto es, la teoría de la *determinación del daño*, lo que sin duda supone una apertura de la hasta ahora intransigente intransmisibilidad de los daños personalísimos vía herencia.

La anterior idea es justificada en dos sentidos: primero, que al producirse el alta médica quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente la valoración del daño y la determinación de la indemnización; y segundo, que la acción es ejercitable porque la

²¹⁶ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pág. 404.

²¹⁷ STS del Pleno de la Sala 1ª de 13 de septiembre de 2012 (ROJ 7648/2012), Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

²¹⁸ Por tanto, estaría en lo correcto Tomás CANO CAMPOS, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado ...”, op. cit., págs. 138-142, al señalar que según el propio TS el derecho de crédito nace “con el daño y en virtud del daño”. Sin embargo, parece que la idea se queda a medias, porque el alto tribunal exige el cumplimiento de la segunda idea para que esto suceda. Aun así, considero que es acertado el argumento esgrimido por el profesor CANO CAMPOS.

víctima ya tiene pleno conocimiento, aunque no lo haya hecho efectivo antes del fallecimiento. Esta variación en el rumbo supone un tímido, pero esencial avance hacia la transmisibilidad; también la aceptación de las dos formas indemnizatorias acumuladas, esto es, *iure hereditatis* (por las lesiones y daños causantes de menoscabo físico, incapacidad temporal y permanente traducida en gran invalidez y que quedaron debidamente determinadas) e *iure proprio*, por el fallecimiento en sí mismo²¹⁹. La sentencia considera incluso como incorporados en el patrimonio de la víctima primaria efectos económicos que *a priori* parecen depender de que la misma esté aún en vida, como por ejemplo sus propios daños morales, la adaptación de vehículo y vivienda o incluso la necesidad de ayuda de otra persona, conceptos todos ellos comprendidos en el 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 (TRLRCSVM). Esto es porque los daños, que ya fueron fijados adecuadamente, quedaron definitivamente incorporados al patrimonio del perjudicado y, en consecuencia, existe causa legal para el desplazamiento patrimonial sin que entre en juego el enriquecimiento injusto, lo que denomina *principio de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos*.

Pues bien, esta doctrina jurisprudencial de naturaleza civil está cambiando los tornos también en el orden contencioso-administrativo, donde algunos tribunales no han dudado en acogerla con los brazos abiertos. Cabe destacar, de entrada, la STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 2013, que no dudó en utilizar (adecuadamente en mi opinión) la tesis civilista y que además defendió la no incompatibilidad de la inspiración de lo civil en la responsabilidad patrimonial administrativa²²⁰. Pero la sentencia que significó un verdadero punto de inflexión en la hasta entonces tendencia administrativista fue la STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2015²²¹. La citada resolución,

²¹⁹ La comentada sentencia anotaba lo siguiente: “[e]n el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme al artículo 659 CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho –*iure hereditatis*–, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle, entregó la aseguradora la cantidad de 312.527,75 euros, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente –*iure proprio*– puesto que se trata de daños distintos y compatibles”.

²²⁰ STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 2013 (ROJ 13681/2013); Ponente: Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque. En un sentido similar resuelve también la STSJ de Andalucía de 28 de abril de 2014 (ROJ 7757/2014), Ponente: Eduardo Hinojosa Martínez.

²²¹ STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2015 (ROJ 1772/2015), Ponente: Ana Maria Aparicio Mateo. Cabe mencionar el hecho de que el Consejo Consultivo de Madrid, en este caso, dictaminó a favor de la

tras hacer un breve recordatorio a la línea que el tribunal seguía en relación con la legitimación activa para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial en sentido de la aceptación de reclamación de los daños físicos y morales producidos a una tercera persona sólo cuando ésta hubiere reclamado con anterioridad a su fallecimiento, seguidamente utilizó la analizada sentencia de la Sala Primera del TS para cambiar el rumbo. Se trataba de una paciente de 78 años que tuvo una intervención programada con el objetivo de realizarse un implante de prótesis total de cadera izquierda.

Tras la intervención, en los meses ulteriores se le produjo hasta cuatro luxaciones de la prótesis, lo que derivó en la necesidad de la amputación del miembro inferior izquierdo por gangrena producida en el pie. Un año después de estos acontecimientos, y previa visita a un Gabinete de Valoración de Daño Corporal una vez estabilizadas las lesiones producidas, la perjudicada primaria falleció por causas naturales. Sus herederos reclamaron responsabilidad patrimonial, fundamentada en la negligencia médica, y solicitando por todos los padecimientos sufridos por la causante *ex ante* a su óbito natural. Y pese a la alegación de falta de legitimación activa hecha por la Letrada de la Comunidad de Madrid, la sentencia consideró –alineándose con la doctrina civilista– que el daño padecido por la víctima se hallaba determinado a través del informe del Gabinete de Valoración, por lo que la acción de reclamación devenía transmisible *iure hereditatis*.

Pero se debe tener muy en consideración que el elemento estructural de la teoría del daño determinado es la previa fijación y valoración de las lesiones producidas mediante un informe médico, requisito sin el cual dejaría de cobrar relevancia la novedad introducida jurisprudencialmente para volver a la pura intransmisibilidad, lo cual es, en mi opinión, un error²²².

Felizmente, de forma más reciente se han producido algunos pronunciamientos judiciales tendentes a reconocer la tesis de la transmisibilidad del daño vía hereditaria de pleno. En el orden contencioso-administrativo me parece indicado citar la STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2018²²³. El recurso de apelación enjuiciado provenía de una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el *Institut Català de la Salut* por el fallecimiento del esposo y padre de las reclamantes. En la primera instancia judicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Tarragona desestimó la reclamación porque el motivo por el que se reclamaba, defectos en el consentimiento

excepción de legitimación activa, considerando netamente la tesis de la intransmisibilidad *mortis causa* de las lesiones sufridas por la causante.

²²² Otro ejemplo de la favorable acogida de la teoría del daño determinado es la STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2016 (ROJ 10403/2016), Ponente: Ana Rufz Rey, pero con un matiz importante. En el caso concreto no existía ningún informe que concretara el alcance del daño, lo que llevó al tribunal a estimar la excepción de la falta de legitimación activa de los recurrentes por los daños físicos padecidos por la causante.

²²³ STSJ de Cataluña de 20 de abril de 2018 (ROJ 5463/2018), Ponente: Maria Luisa Pérez Borrat.

informado del paciente fallecido, constituía una acción personalísima que solo le correspondía ejercer al causante. Sin embargo, este argumento no fue compartido por el TSJ, sino que en segunda instancia se dio por buena la legitimación activa de la hija del fallecido por su condición de *única heredera universal*²²⁴.

Debo advertir, que, a pesar de lo plasmado anteriormente, estas soluciones no dejan de ser puntuales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ámbito en el que la inseguridad jurídica imperante provoca una seria preocupación en torno a este tema. Donde sí parece haberse producido el éxito de la tesis de la transmisibilidad del daño vía hereditaria, sin ápice de abstracción, es en la jurisdicción social. La STS de la Sala Cuarta de 6 de marzo de 2019 dió un paso definitivo hacia la consolidación de la reclamación por parte de los herederos como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual de daños mortales provocados por enfermedad profesional o accidente laboral. Y lo traza de una forma curiosa, manifestando con claridad que “el derecho a reparar los daños y perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual no es un derecho personalísimo, sino que es transmisible a los herederos y no libera a los deudores de seguridad y salud en el trabajo de su obligación de reparar los perjuicios ocasionados”²²⁵.

²²⁴ En sentido parecido también ha resuelto, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el TSJ de Asturias en su sentencia de 14 de noviembre de 2018 (ROJ 3607/2018), Ponente: María José Margareto García. Sin embargo, la principal diferencia con la sentencia catalana es que el TSJ asturiano pasó muy de puntillas por la alegación de la aseguradora de la Administración conforme la falta de legitimación activa del recurrente por tratarse de un derecho personalísimo del fallecido el reclamado. Y la fundamentación se basó, simplemente, en una formalidad: que la aseguradora no llevó al suplico de la contestación a la demanda su excepción a la legitimación activa del reclamante. Esta razón, además, se adornó de los principios de la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*, pero sin entrar de lleno en el amplio debate sobre esta cuestión.

²²⁵ STS, Sala Cuarta, de 6 de marzo de 2019 (ROJ 993/2019), Ponente: María Luz García Paredes. Esta sentencia recuerda el pronunciamiento de la misma sala del TS en el mismo sentido, la sentencia de 18 de julio de 2018 (ROJ 3321/2018), Ponente: José Manuel López García de la Serrana. Lo curioso del caso es que estas sentencias de la Sala Cuarta del TS se fundamentan, a su vez, en la STS, Sala Primera, de 7 de mayo de 2014 (ROJ 1769/2014), Ponente: José Antonio Seijas Quintana. La sentencia de la Sala Civil del TS apunta que la responsabilidad por deudas no se extingue con la muerte del deudor: no están exceptuados de transmisión por causa de muerte los derechos “que traen causa de la responsabilidad en que puede incurrir el fallecido, en este caso como profesional de la medicina, puesto que no constituye una deuda, personalísima y no transmisible a los herederos, incluida en este artículo, lo que privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante (...)”.

Así las cosas, la Sala Cuarta del TS, en las sentencias mencionadas, entiende que lo siguiente: “[n]o puede entenderse, cual sostiene la sentencia recurrida, que el derecho a ser indemnizado sea personalísimo e intransmisible porque no es consustancial a la persona humana, ni innato a ella, como el derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, al honor, etc., ni se trata de un derecho reconocido a ella ‘intuitu personae’, esto es en función de la persona que tiene el derecho cuya subsistencia depende de la identidad y demás factores personales de quien ostenta el derecho. Por contra, aquí se trata del derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por culpa de otro quien viene obligado a repararlos en función de su cuantía con independencia de quien sea la persona perjudicada, cuyo patrimonio se ha visto afectado por ese daño reparable que influye también en la cuantía del caudal hereditario que deje a su muerte, caudal del que forman parte los derechos nacidos y no ejercitados por ella al morir”.

A modo de conclusión del presente apartado cabe señalar que los tribunales del orden contencioso-administrativo han dado un paso positivo acogiendo la doctrina jurisprudencial –plenamente compatible– de la Sala Primera del TS e incluso yendo más allá en algún caso puntual, como en el de la citada STSJ de Cataluña. Sin embargo, ello supone un avance tímido hacia la plena transmisibilidad. De este modo, conforme a las reglas defendidas por la doctrina más moderna encabezada por CANO CAMPOS, debería realizarse un replanteamiento general de la situación a efectos de permitir de pleno la entrada de la tesis de la transmisibilidad del daño para la mayor justicia de resarcir los daños causados a la víctima primaria (y por tanto su integración en el caudal relicto) como efecto natural de su padecimiento, sufrimiento y, en muchas de las ocasiones, muerte derivada de esas lesiones.

B. Legitimación activa plural: las reclamaciones colectivas de responsabilidad patrimonial

Las distintas modalidades que pueden segregarse del tronco común que supone la legitimación activa colectiva como concepto jurídico procesal general dota de una riqueza y, al mismo tiempo, complejidad jurídica, que dificultan enérgicamente su extrapolación al ámbito procedimental. Con más razón en el concreto ámbito de la responsabilidad patrimonial, donde sus presupuestos materiales convierten la defensa colectiva en todo un atolladero, pero en ningún caso la hacen imposible. Ahora bien, cabe apuntar que la LPAC, siguiendo con la previsión de los intereses *supraindividuales* de su antecesora, prevé en dos ocasiones la defensa de los intereses colectivos en el procedimiento administrativo: la primera, en el artículo 4.1 a) y c), al establecer que serán interesados los titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo, ya sea como promotores o interesados eventuales; y la segunda, en el artículo 4.2, al recoger la posibilidad de las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales que serán titulares de intereses legítimos colectivos cuando la Ley así lo reconozca²²⁶. Sin embargo, ninguna de estas dos previsiones –en cuanto se refieren a lo colectivo– nos interesa en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, más allá de su mera diferenciación como figuras afines. Me explico, pero empezando por el principio.

Si bien la inspiración procesalista en esta esfera es por lo común aceptada y utilizada por parte de la doctrina procedimentalista, existen algunas voces críticas con ello, como por ejemplo la profesora CARBONELL PORRAS, porque en su opinión no debe

²²⁶ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.* págs. 150 a 158, explicaba y celebraba cómo la LRJPAC introdujo lo que denomina como “intereses supraindividuales” –de inspiración hallada en la doctrina italiana–, o, dicho de otro modo, aquéllos que trascienden al interés particular de un solo individuo.

equipararse la participación en el procedimiento administrativo y proceso judicial²²⁷, entendiéndose en el sentido negatorio de aplicar soluciones procesales en el procedimiento, y, en especial en modo comparativo con el acceso a la jurisdicción, cuestión que he tratado en un epígrafe anterior de este capítulo. No obstante, sin entrar en lo general de este planteamiento, sí considero necesario posicionarme sobre los efectos que dicha implicación tendría en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Como he ido apuntando a lo largo de este trabajo, este procedimiento con especialidades, si bien la ley no lo prevé así, es todo un procedimiento administrativo que se encuentra al borde de la judicialización y donde las directrices que la LPAC establece son meramente indiciarias del esquema tramitador a seguir, pero no resuelve ni de lejos todos los problemas que pueden suscitarse a lo largo de la tramitación procedimental y de ahí la necesaria –al menos– inspiración en el proceso. Pero deja huérfana a la Administración en muchas de las problemáticas y divergentes incidencias que puede tener un procedimiento como este, sin ir más lejos, en la propia teorización y posterior tramitación de una acción colectiva, sea del tipo que fuere. Sin darle más vueltas a este asunto, precisamente cabe focalizar la atención en las varias modalidades de acciones colectivas que puede conocer un procedimiento administrativo.

Antes bien, cabe valorar las tres tipologías de forma de actuación conjunta (o llamada colectiva en sentido fáctico de la palabra²²⁸) en el procedimiento administrativo. Y me parece conveniente acudir a la división que GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO han realizado sobre ello, lo que tendrá encaje en la reclamación colectiva de responsabilidad patrimonial de cara a la comprensión de los conceptos. De esta forma, los citados autores hablan de tres tipos de intereses o maneras de actuación de una agrupación de individuos en el procedimiento: plurales, colectivos y difusos²²⁹. Sin embargo, solo tendrá encaje en el procedimiento de reclamación de responsabilidad

²²⁷ Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, *op. cit.*, págs. 50 a 53. Señala la autora expresamente que “(...) interesa poner de manifiesto otra cuestión que me parece imprescindible y que tiene como finalidad destacar la necesidad de diferenciar la legitimación activa en los procesos contencioso-administrativos de la condición de interesado en los procedimientos administrativos. La frecuente vinculación entre ambas situaciones tiene unas perniciosas consecuencias, y dificulta un análisis sistemático de los supuestos en los que se reconoce el acceso a la jurisdicción”.

Pero lo cierto es que la mayor parte de autores procedimentalistas en el ámbito concreto de los intereses y acciones colectivas se amparan en las leyes procesales –ya sea la LEC o la LJCA– para explicar e inspirar su aplicación en el procedimiento. A modo de ejemplo véase César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *loc. cit.*; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, págs. 938 a 942; María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, págs. 37 a 40; o Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, “Los interesados en el procedimiento administrativo”, en la obra colectiva dirigida por Eduardo GAMERO CASADO y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, págs. 1390 y siguientes.

²²⁸ La Real Academia Española (RAE) define el concepto “colectivo/va” como perteneciente o relativo a una agrupación de individuos.

²²⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, págs. 938 a 942.

patrimonial el primero de los intereses, aunque considero necesario apuntar brevemente las características esenciales de los tres a efectos de diferenciación de las figuras afines que pueden ser los dos últimos.

a) La incompatibilidad entre los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial y el concepto jurídico-administrativo de intereses colectivos o difusos

Es sobradamente conocido que la defensa de los ciudadanos como reclamantes de daños y perjuicios provocados por la Administración –tanto en vía administrativa como en vía judicial– es informada por los presupuestos materiales recogidos en el artículo 32 de la LRJSP, de entre los que resalta la necesidad de individualización del daño con relación a una persona o grupo de personas, lo que de entrada lleva a descartar el juego de los *daños generales*²³⁰. Pero la diferenciación entre un sacrificio especial recaído sobre persona concreta y el sacrificio perfilado como carga general o colectiva de la sociedad no es ni mucho menos sencilla, con el añadido resultante de encontrarse bajo la sombra de una posible falta de legitimación activa previa al enjuiciamiento del fondo del asunto. Claro que el daño debe individualizarse en la medida que tiene incidencia sobre el patrimonio de sujetos concretos y determinados, así como sobre el de grupos o colectivos de sujetos²³¹. Pero la clave de bóveda de la idea que pretendo transmitir es la conceptualización del desencaje del sacrificio producido a grupos no delimitados o confusos. Dicho de otra manera, sólo será válida una defensa colectiva de reclamantes cuando estos, afectados particularmente y con un daño individualizable y, en consecuencia, acreditable para cada uno de ellos, pero en que, por los motivos que fueren, organizados bajo una representación común, deciden emprender conjuntamente el camino de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración.

Por ello que la acción colectiva como noción marcada de connotaciones técnico-jurídicas puras, sería un tipo de interés que, pese a ser personal y directo, es aquél que trasciende a lo individual –y, en consecuencia, a lo *individualizable*²³²– y se perfila como una posición jurídica de los ciudadanos en su conjunto. Sin embargo, y para la no conversión de esta idea en una acción popular general de todos los ciudadanos, se ha limitado su legitimación a las entidades sin ánimo de lucro; y siempre y cuando así lo

²³⁰ En este sentido véase, por ejemplo, Luis MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, *op. cit.*, pág. 57; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, *op. cit.*, pág. 934; Jesús LEGUINA VILLA, “La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”, *RAP*, núm. 92, mayo-agosto, 1980, pág. 28; o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 396-397.

²³¹ Jesús LEGUINA VILLA, y Eva DESDENTADO DAROCA, “La protección jurídica del administrado. La responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución y principios actuales”, *Direcção-Geral da Política de Justiça, Informações e Eventos*, 2008, pág. 10.

²³² En el sentido que ante esta situación no será posible la individualización del daño para adecuarlo a la nota requerida por el artículo 32.2 de la LRJSP, tal y como he señalado con anterioridad.

prevean sus acuerdos estatutarios, a partir de la modulaci3n jurisprudencial de lo dispuesto (gen3ricamente) en los art3culos 4.1 a), 4.1 c) y 4.2²³³. Especialmente es el 3ltimo de ellos que indica qui3nes pueden representar aquellos intereses colectivos a los que se refiere el apartado primero del art3culo 4, habilitando a aqu3llas “asociaciones y organizaciones representativas de intereses econ3micos y sociales (...) en los t3rminos que la Ley establezca”²³⁴. Poco m3s detallado es el art3culo 19.1 b) de la LJCA al referirse a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o aut3nomos. A pesar de la falta de claridad, tal y como apunta CARBONELL PORRAS²³⁵ deber3 entenderse habilitadas a determinadas entidades como, por ejemplo, los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, colegios profesionales, organizaciones para la defensa de consumidores y usuarios, etc. Lo que no cabe duda, es que habr3 que acudir a la legislaci3n sectorial para averiguar si la misma habilita a dichas entidades a defender esos intereses colectivos, donde por ejemplo tendr3n plena legitimaci3n en materias como la defensa de los consumidores y usuarios²³⁶, medio ambiente²³⁷, extranjer3a²³⁸, u otros sectores

²³³ Alexandre PEÑALVER I CABR3, “Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protecci3n de los intereses colectivos”, *RAP*, n3m. 190, enero-abril, 2013, p3gs. 158-159, pone de manifiesto la cr3tica doctrinal a la restricci3n por parte de la jurisprudencia a la titularidad de este tipo de entidades, al no habilitar tambi3n a las personas f3sicas, lo cual encuentra su objecci3n en el propio art3culo 24.1 de la CE. En sentido similar, Elo3sa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicci3n...”, *op. cit.*, p3g. 39.

²³⁴ Elo3sa CARBONELL PORRAS, “Aproximaci3n a los conceptos de inter3s colectivo y difuso en derecho administrativo espa3ol”, *REDA*, n3m. 159, julio-septiembre, 2013, p3g. 115. Por tanto, adem3s del l3mite propiamente dicho a la defensa colectiva a “las asociaciones y organizaciones representativas de intereses econ3micos y sociales”, se3ala la autora que el segundo requisito necesario para el juego de los intereses colectivos –entendidos como categor3a jur3dica univoca– es el reconocimiento legal de la titularidad de aquellos intereses, y en consecuencia, “la legislaci3n sobre procedimiento administrativo, por s3 sola, no reconoce unos intereses colectivos como de la titularidad de determinadas asociaciones u organizaciones”.

²³⁵ Elo3sa CARBONELL PORRAS, “Aproximaci3n a los conceptos...”, *op. cit.*, p3g. 119.

²³⁶ El de los consumidores y usuarios se caracteriza por ser el 3mbito de mayor impacto en los 3ltimos a3os, donde la defensa colectiva por parte de sus asociaciones ha logrado las mayores victorias en sus batallas, sobre todo, con las entidades financieras. Sobre estos aspectos v3ase Javier GUILL3N CARAM3S, “Reflexiones acerca de las acciones colectivas y la protecci3n de los consumidores”, en la obra colectiva dirigida por Elo3sa CARBONELL PORRAS y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimaci3n activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 459-478.

²³⁷ Sobre la legitimaci3n en defensa del medio ambiente v3ase Antonio MART3 DEL MORAL “La legitimaci3n ambiental por intereses colectivos en la jurisdicci3n contencioso-administrativa”, en la obra colectiva dirigida por Elo3sa CARBONELL PORRAS y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimaci3n activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p3gs. 411-433. En este 3mbito la legitimaci3n colectiva tiene una buena acogida a ra3z de la amplitud de la defensa de un bien jur3dico general como es el medio ambiente que el art3culo 45 CE garantiza a *todos* su protecci3n, y que debe entenderse juntamente con el Convenio de Aarhus y otras normas de la Uni3n Europea para la efectiva aceptaci3n de la legitimaci3n de grupos ecologistas.

²³⁸ En el 3mbito de la extranjer3a es el art3culo 20.4 de la Ley Org3nica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en Espa3a y su integraci3n social (LOEX), que legitima a las entidades para la defensa de este colectivos a actuar en los procesos contencioso-administrativos, tal y como explica Rodrigo MORENO FUENTES, “La legitimaci3n en defensa de intereses colectivos en la legislaci3n de extranjer3a”, en la obra colectiva dirigida por Elo3sa CARBONELL PORRAS y coordinada por Rafael CABRERA MERCADO, *Intereses colectivos y legitimaci3n activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p3gs. 6115-621.

regulados que así lo permitan, pero en ningún caso será posible la reclamación de responsabilidad patrimonial²³⁹ si no es mediante una acumulación de reclamaciones bajo una misma representación.

De hecho, la existencia de algún precedente de intento de reclamación colectiva de responsabilidad patrimonial ha provocado una contundente respuesta negativa que, pese a todo, es bastante ilustrativa del problema que aquí se presenta. Es exponencial la lucha llevada a cabo en diversos terrenos por parte de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), entre los que destaca también la batalla ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sin el éxito cosechado en el ámbito civil²⁴⁰. Cabe señalar, como aleccionadoras y, a modo de ejemplo, las dos sentencias del TS de 15 de abril de 2013²⁴¹. En este supuesto se había planteado por la OCU una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de la supresión de una tarifa eléctrica nocturna –más beneficiosa para los usuarios que se habían adherido a la misma– y su sustitución por una tarifa con discriminación horaria, a la que habrían de migrar los usuarios. A grandes rasgos y, entre otras cosas, ello suponía el incremento de la factura de luz y la pérdida de determinados beneficios económicos. En este caso la OCU planteó la reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa solicitando indemnizaciones para 243 consumidores (que acumuladas sumaban 86.444, 10 euros), ampliándolos hasta 382 en vía contencioso-administrativa (con la respectiva ampliación de la cantidad reclamada hasta los 149.203,08 euros). De entrada, resuelve esta cuestión el tribunal advirtiendo que no se puede aumentar el número de reclamantes provocando así una clara divergencia entre lo reclamado administrativa y judicialmente. Ya que ello conforma causa de inadmisibilidad de acuerdo con los artículos 25 en relación con el 69 c) de la LJCA²⁴², que señala la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, pero ha de tener por objeto disposiciones, actos o actuaciones susceptibles de impugnación y ser conforme con la *causa petendi*

²³⁹ A fortiori, por tanto, cabe destacar de plano el juego de los intereses difusos que, tal y como los define César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 154, de manera llanamente gráfica, –con inspiración en la doctrina italiana– es un “interés latente en la comunidad, pero carente de titular”, o lo que es lo mismo, corresponde a una serie de individuos de forma indeterminada. Para un detallado estudio sobre los intereses colectivos en contraposición con los difusos véase Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *op. cit.* págs. 33 a 101.

²⁴⁰ En efecto, como el lector se puede imaginar, me refiero a la batalla jurídica habida en los últimos años del sector de los consumidores y usuarios –encabezado precisamente por la OCU– contra las cláusulas abusivas contenidas en los productos bancarios comercializados por las entidades financieras.

²⁴¹ STS de 15 de abril de 2013 (ROJ 1903/2013), Ponente: Celsa Pico Lorenzo; y, STS de 15 de abril de 2013 (ROJ 1908/2013), Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

²⁴² Del mismo modo, y bajo el mismo amparo jurídico, inadmite la STSJ de Castilla y León de 22 de noviembre de 2016 (ROJ 4451/2016), Ponente: Francisco Javier Zatarain Valdemoro, tres de las cuatro reclamaciones que, conjuntamente plantean las cuatro hijas de la afectada por mala praxis médica, tres de las cuales no reclamaron en vía administrativa.

de la vía administrativa, lo que además es efecto natural de naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁴³.

Pero de inmediato apuntan las citadas sentencias a *la carencia de individualización del daño concreto* respecto de cada uno de los peticionarios representados por la OCU, que aún de tratarse de una reclamación colectiva, es requisito necesario derivado del ejercicio de una demanda de responsabilidad patrimonial. Incide en el hecho de que la cuantía debe ser reseñada y acreditada por cuenta de cada uno de los sujetos lesionados y su ausencia es “un defecto sustancial” que se perfila en el artículo 32.2 de la LRJSP como todo un principio del instituto de la responsabilidad patrimonial. Estos motivos, juntamente con la prescripción de la acción, motivaron la desestimación del recurso de casación planteado por la OCU.

b) La reclamación colectiva fruto del interés plural: una figura de inspiración procesal que tiene cabida en el marco procedimental administrativo

El interés plural no se postula como una categoría diferenciada de interés, sino como la actuación conjunta de varios intereses individuales que se encuentran en la misma situación o similar, concepción que perfectamente podría encajar en los apartados a) o c) del artículo 4.1 de la LPAC. Este sería el supuesto de acción colectiva más recurrente en el específico ámbito de la responsabilidad patrimonial, tendente a la

²⁴³ Recuérdese que el agotamiento de la vía administrativa, en este caso el planteamiento de la reclamación de responsabilidad patrimonial, es todo un requisito de procedibilidad, lo que significa que su ausencia será en todo caso causa de inadmisibilidad, conforme también recordaba Marta GARCÍA PÉREZ, “El objeto del proceso contencioso administrativo”, en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Universidad de la Coruña, La Coruña, 1998, pág. 63.

A mayor abundamiento, exponía Alina del Carmen NETTEL BARRERA, “El objeto del recurso contencioso administrativo” en la obra colectiva dirigida por Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO, *Estudio de la ley de la Jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 342 y ss., que si bien, según la doctrina, deberían poder plantearse cuestiones ajenas a la vía administrativa, no es menos cierto que ello es posible siempre y cuando no se cambien los hechos ni el objeto del proceso. Tal y como establece las analizadas SSTs de 15 de abril de 2013 o, como señaló la anterior STC de 23 de junio de 2008, núm. 75/2008, en su FJ 4º, es posible la introducción en vía judicial de alteraciones de los fundamentos jurídicos, pero nada más.

Sobre esto último resulta didáctica la STS de 31 de mayo de 2016 (ROJ 2407/2016), Ponente: Rafael Fernández Montalvo; que explica la posibilidad de las partes de invocar motivos o alegaciones (jurídicas) distintas o complementarias a las formuladas en el procedimiento administrativo con la condición de no alterar la esencia básica del *petitum* y tenga por objeto el acto impugnado. Esta previsión es consecuencia natural de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como de antaño ya explicaban por ejemplo Alejandro NIETO GARCÍA, “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, *RAP*, núm. 37, enero-abril, 1962, págs. 108 y ss.; o Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto”, *RAP*, núm. 42, 1963, pág. 219.

En este sentido, las citadas sentencias de 15 de abril de 2013, (ROJ 1908/2013 Y 1903/2013) –como interpretación desprendida del propio carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa– consideran que un incremento del número de reclamantes en vía judicial no actuantes en vía administrativa es una desviación procesal susceptible de inadmisión. Y efectivamente es así, pero con más razón si se observa que tampoco han sido reclamantes en el procedimiento administrativo, tal y como exige el artículo 25 de la LRJCA.

actuación conjunta de los perjudicados afectados como consecuencia de un mismo hecho, acto u omisión imputable a la actividad administrativa, y que ejercen la acción bajo una misma representación, lo que también se conoce procesalmente como acumulación de acciones de los artículos 34 y siguientes de la LRJCA. Encuentra, además, su figura homóloga en los artículos 57 y 66.2 de la LPAC, en función de si la acumulación se realiza de oficio o a instancia de los solicitantes.

La nota característica de este tipo de interés es que la agrupación conjunta es voluntaria –con la probable finalidad de ganar fuerza mediante la unión y en aras de la economía procesal–, en el sentido de que cualesquiera de los interesados podrían reclamar por separado y con independencia de la colectividad²⁴⁴. Consecuentemente, esta categoría no es solamente una filial más del concepto matriz de los llamados intereses supraindividuales, sino que debe diferenciarse expresamente de este último. El relativo a los intereses supraindividuales es aquél, como ya he señalado, que se refiere a los intereses que trascienden al individual y –como hemos visto– es incompatible con el presupuesto de individualizar el daño. La protección judicial se hace extensiva a las situaciones jurídicas *colectivas*, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo relacionado con situaciones subjetivas grupales o plurales. Su efecto es que la legitimación corresponde a todos o algunos de los miembros de la colectividad para ejercer una determinada acción²⁴⁵, a diferencia del interés plural, que, insisto, se perfila como el interés individual agrupado bajo la misma representación. Por tanto, según acertadamente señala CARBONELL PORRAS, podría calificarse como supuesto “de defensa colectiva de intereses legítimos individuales”²⁴⁶, o, tal y como apunta PÉREZ CONEJO, “pluralidad de derechos particulares conexos”²⁴⁷, lo que –con independencia de su bautizo doctrinal– representa una *agrupación de intereses individuales*, más conocida como *acumulación de acciones*. De manera que sólo los individuos por separado ostentan la calidad de interesados o la llamada legitimación *ad causam* para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial²⁴⁸.

²⁴⁴ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, págs. 938 a 942.

²⁴⁵ Lorenzo PÉREZ CONEJO, *La defensa judicial de los intereses ambientales. Estudio específico de la legitimación ‘difusa’ en el proceso contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 46. Señala el autor, además, que este tipo de interés es una “figura intermedia entre la acción privada y la acción pública”. En el mismo sentido se postula Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *op. cit.*, pág. 39, al señalar que “la legitimación en defensa de los intereses colectivos es la opción del legislador para ampliar los sujetos que pueden acudir a los tribunales sin llegar a reconocer la acción pública”.

²⁴⁶ Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *op. cit.*, pág. 84.

²⁴⁷ Lorenzo PÉREZ CONEJO, *La defensa judicial de los intereses ambientales...*, *op. cit.*, pág. 83.

²⁴⁸ Lorenzo PÉREZ CONEJO, *La defensa judicial de los intereses ambientales...*, *loc. cit.* El autor explica que en este supuesto sólo los únicos titulares son los individuos, por separados, porque se trata de unos derechos subjetivos privativos (y no de la colectividad), “en aplicación del principio dispositivo conectado con los principios jurídico-privados de libre disposición de los derechos y autonomía privada de la voluntad”.

Sin embargo, en efecto, tal y como señala CARBONELL PORRAS, la complejidad radica en la representación de esos sujetos agrupados²⁴⁹. Con la finalidad de proporcionar unas mínimas pinceladas sobre ello, considero que podría dividirse esta reclamación colectiva de responsabilidad patrimonial según si se trata de una acumulación de acciones o procesos como figura incardinada en la institución procesal del litisconsorcio activo voluntario, o bien, mediante la representación conjunta bajo la figura de una misma persona física o jurídica.

c) La acumulación de reclamaciones o de procedimientos

De entrada, la figura de la acumulación en la LPAC dispone de dos vertientes. En primer lugar, la acumulación de pretensiones o acciones, prevista en el artículo 66.2, o la también permitida acumulación de procedimientos o de expedientes, prevista en el artículo 57²⁵⁰. Pero con independencia de la modalidad, la acumulación es una figura de peso en la práctica del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial con mayor repercusión en las reclamaciones de responsabilidad del Estado legislador o contra los daños y perjuicios producidos por disposiciones generales. La LPAC, del mismo modo que ya hacía la LRJPAC, con profunda inspiración procesal, permite que el órgano administrativo competente para tramitar y resolver, a instancia de parte o de oficio, podrá disponer la acumulación de varias pretensiones/acciones, que, tal y como señalaba GONZÁLEZ PÉREZ, tiene por objeto reunir las “en un mismo proceso” (en este caso

El propio autor apunta varios ejemplos de supuestos de pluralidad de derechos individuales que si bien por lo general son referentes a la indemnización por daños y perjuicios, cabe destacar los dos siguientes: “la acción para reclamar los daños personales y materiales sufridos por un conjunto de habitantes de una zona por la contaminación producida por una empresa o por un accidente provocado por culpa o negligencia de una Administración o de un ciudadano”; o “la acción para exigir la reparación o resarcimiento de los daños sufridos por la incorrecta liquidación de un impuesto o tasa, o la indebida imposición de una sanción”.

A *sensu contrario*, y a efectos de diferenciación, pero bajo el mismo enfoque explicaba Fernando GASCÓN INCHAUSTI, “La protección de los consumidores en el proceso civil español”, en el Repositorio de la producción académica en abierto de la Universidad Complutense de Madrid, 2005, pág.17, que no existe acción colectiva *lato sensu* si los sujetos (en ese caso consumidores), solicitan por sí mismos como particulares la reparación de su derecho o interés lesionado. En su opinión, la titularidad de una acción colectiva “ha de atribuirse a determinados sujetos, no tanto por haberse visto perjudicada su posición jurídica como consecuencia de un hecho dañoso para los consumidores, sino porque ostentan una cierta «representatividad» en este sector de la vida económica y social”. En consecuencia, señala que es el legislador el que atribuye la titularidad de dichas acciones colectivas.

²⁴⁹ Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *loc. cit.*, advierte que “la cuestión resulta compleja pues implica las diferentes posibilidades que ofrece la legislación procesal civil en relación con la representación (...)”.

²⁵⁰ Aunque desde antaño la doctrina considera estas modalidades como idénticas o similares de igual tratamiento, como por ejemplo ponía de manifiesto Segismundo ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo...” *op. cit.*, pág. 60, al decir que “[a] la acumulación de acciones en el Derecho procesal corresponde la acumulación de expedientes en el Derecho administrativo”. En sentido similar, Lorenzo PÉREZ CONEJO, *La defensa judicial de los intereses ambientales...*, *loc. cit.*, al catalogar dicha opción como “[l]a acumulación de acciones –autos o procesos–”.

procedimiento), en beneficio de la economía procesal y la voluntad de evitar decisiones contradictorias de pretensiones conexas²⁵¹. Por tanto, se puede exportar en vía administrativa aquello dispuesto para la acumulación de acciones en el derecho procesal que tenga cabida por la propia naturaleza diferencial del procedimiento administrativo. Pero, con esta salvedad, la propia LPAC parece abrir el camino a dicha posibilidad en términos generales, con lo cual aquello que es recogido entre los artículos 34 y 39 de la LRJCA puede servir a efectos de integración de lagunas, siempre y cuando se realice con anterioridad a la resolución definitiva.

En consecuencia, la clasificación de los tipos de acumulación radica en el momento en que ésta se produce, es decir: o bien inicialmente (acumulación *inicial*)²⁵² –esto es, mediante el escrito de la reclamación que inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial–; o bien una vez que el procedimiento se encuentra en trámite (acumulación *posterior*), según puede desprenderse del propio artículo 57 de la LPAC en cuanto especifica que esta facultad corresponde al órgano administrativo “que inicie o tramite un procedimiento”. Observando de reojo la doctrina procesalista sobre esta última modalidad, cabe diferenciar la acumulación posterior entre la acumulación *por reunión* y la acumulación *por inserción* (o sobrevenida)²⁵³. La primera de ellas es relativa a aquellas acciones que se han planteado por separado y forman parte de expedientes distintos, mientras que la segunda se dará siempre y cuando, antes de resolverse el procedimiento de responsabilidad se tenga conocimiento de una actuación administrativa análoga a la producente de las presuntas lesiones reclamadas o que guarden especial conexión.

Los requisitos exigidos por la LPAC para que pueda producirse la acumulación de expedientes (art. 57 de la LPAC) son que los procedimientos objeto de acumulación guarden identidad sustancial o íntima conexión entre sí y además sea el mismo órgano

²⁵¹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La acumulación de pretensiones en el proceso administrativo”, *RAP*, núm. 10, 1953, págs. 90 y 91. Estos objetivos de la acumulación de acciones o pretensiones –que podrían determinarse como términos sinónimos– también los pone de manifiesto con habitualidad la doctrina procesalista más moderna, como por ejemplo María del Pilar TESO GAMELLA, “Acumulación”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo Espín Templado, *Comentarios de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 207.

De hecho, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general, op. cit.*, pág. 497, describe la acumulación administrativa de pretensiones como una manifestación propia del criterio de celeridad y economía, derivado del propio principio general de eficacia administrativa del artículo 103.1 de la CE. De la misma manera Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 242.

²⁵² Esta vertiente está apoyada expresamente en el artículo 66.2 de la LPAC al recoger éste que, “[c]uando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de interesados tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa”. Conjuntamente véase que el artículo 65.2 de la misma norma básica del procedimiento administrativo en tanto en cuanto prevé para el supuesto de iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial que la administración deberá notificar a los particulares presuntamente lesionados el acuerdo de iniciación.

²⁵³ María del Pilar TESO GAMELLA, “Acumulación”, *op. cit.*, págs. 208 y 209.

el que tramite y resuelva el procedimiento. Sobre la exigencia de la íntima conexión en el plano de la responsabilidad patrimonial y, además como expresión de mayor amplitud, se ha postulado el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de abril de 2014, del que cabe extraer la observación de la estrecha vinculación entre la adecuación de esta cuestión procedimental y el fondo del asunto. Y es que para que unos procedimientos de responsabilidad patrimonial puedan ser acumulables debe observarse la homogeneidad de las peticiones y similitud argumentativa. Si las diversas reclamaciones de responsabilidad parten de unos daños y perjuicios arraigados en una misma actividad administrativa (*p. ej.*, las lesiones derivadas de la adopción de unas mismas medidas mediante la aprobación de un real decreto-ley) –y con independencia del *quantum* solicitado²⁵⁴– entonces serán susceptibles de acumulación en favor del principio de economía²⁵⁵.

Pero, pese a ello, ¿podría considerarse por el órgano administrativo la no acumulación? Dicho de otro modo, ¿tiene carácter potestativo o preceptivo en caso de existir esa identidad sustancial o íntima conexión? La respuesta, aunque tímidamente, parece encaminarse hacia la *potestatividad*. Ello se debe a que los tribunales, algunas veces, frente a la tradicional visión de la celeridad y economía, suelen considerar esta figura como fuente constante de problemas, dificultades e inconvenientes procesales, por lo que, aun de darse la conexión necesaria entre pretensiones, podría ser desaconsejable desde el punto de vista práctico²⁵⁶. Incluso, yendo más allá, se ha llegado a calificar la acumulación no como una obligación, sino más bien una posibilidad jurídica de la propia tramitación²⁵⁷; una posibilidad que, tal y como vengo observando, puede

²⁵⁴ Así lo puso de manifiesto la STC de 27 de enero de 2014, núm. 8/2014, Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré, al disponer en su FJ cuarto que “la falta de identidad en el petitum indemnizatorio no excluye necesariamente y en todo caso la acumulación, sino que, antes bien, la hace posible como hipótesis, pues si hubiera identidad en todos los elementos configuradores de la acción (sujeto, causa de pedir y petición) el objeto procesal sería único, no existiendo acumulación de pretensiones”.

²⁵⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 3 de abril de 2014, exp. 72/2014, en un asunto relativo a la solicitud de indemnizaciones por daños producidos como consecuencia de las medidas adoptadas mediante el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la supresión de los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

En el orden contencioso-administrativo, el artículo 34 de la LRJCA habla de la necesidad de existir *conexión directa* para la acumulación, lo que María del Pilar TESO GAMELLA, “Acumulación”, *op. cit.*, pág. 210, a modo de ejemplo, sugiere que existirá esta conexión cuando entre ambas pretensiones “media una vinculación respecto de su invalidez”.

Pero tal y como señala Lorenzo PÉREZ CONEJO, *La defensa judicial de los intereses ambientales...*, *op. cit.*, la interpretación realizada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo es bastante lata en sentido de no restringir en exceso la posibilidad de acumular mediante la exigencia de identidad total, “sino que basta con la concurrencia de una conexión causal – o conexidad – suficiente, de tal forma que la exigencia legal ha de ser aplicada con flexibilidad (...)”.

²⁵⁶ STS de 23 de diciembre de 1997 (ROJ 7964/1997), Ponente: Pedro José Yagüe Gil; o la STS de 16 de octubre de 2000 (ROJ 7394/2000), Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

²⁵⁷ STS de 27 de marzo de 2002 (ROJ 2259/2002), Ponente: Juan José González Rivas; o, más recientemente, la STSJ de Murcia de 30 de diciembre de 2010 (ROJ 2918/2010), Ponente: Mariano Espinosa de Rueda-Jover.

anteponerse si la práctica procedimental o procesal así lo aconseja, lo que, al fin y al cabo, viene a considerarse como una figura de plena subjetividad, que en ningún caso garantizará la prosperidad de una hipotética solicitud. De hecho, ello es conforme con el propio dictado del artículo 57 de la LPAC que, de un lado, configura una clara potestad de acumulación por parte del órgano administrativo al especificar que éste “podrá disponer” la acumulación, lo cual no implica vinculación; y de otro lado, constituye el acuerdo como no recurrible, lo que viene a proclamarse como un acto de trámite no cualificado. En este sentido cabe recordar que, tal y como advierten GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, el principio de economía procesal, aunque de notoria importancia en nuestro ordenamiento jurídico, derivado del propio principio de eficacia del artículo 103.1 de la CE, una vez llegado a determinado punto podría chocar con la legalidad o la propia garantía de los derechos; lo cual hace decaer, de plano, al principio de economía procesal en detrimento de estos últimos²⁵⁸.

De hecho, y en esta línea, algo así se debió de pensar en el asunto de las más de quince mil reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteadas por los afectados del cierre del espacio civil aéreo español derivado de la crisis producida por la huelga de los controladores aéreos de los días 3 y 4 de diciembre de 2010²⁵⁹. Lo que sucedió es que los afectados por estos hechos reclamaron responsabilidad patrimonial al Ministerio de Fomento y a la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA, en adelante). En este sentido, la Administración, haciendo uso precisamente de la habilitación legal de acumular reclamaciones del antiguo artículo 73 de la LRJPAC –actual 57 de la LPAC– decidió tramitar las miles de peticiones en dos expedientes que, sin embargo, culminaron en dos resoluciones desestimatorias. Frente a estas dos resoluciones, juntamente con otras procedentes de expedientes de reclamaciones individuales se alzarían las partes en el recurso contencioso-administrativo, en lo que se puede catalogar como toda una demanda colectiva de responsabilidad patrimonial procedente de una reclamación colectiva sobrevenida en vía administrativa.

No obstante, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo (JCCA, en adelante) núm. 1, primero mediante Providencia de 19 de junio de 2012 y segundo, en vía de recurso de reposición por medio de un escueto Auto de 17 de septiembre de

²⁵⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, decimocuarta edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 469-470, especifican en este sentido que “[e]l principio de «economía procesal es lógicamente inferior en una escala axiológica de los principios procesales» (Sentencia constitucional de 24 de julio de 1981), por lo que, aun siendo un valor atendible no puede «llegar a cubrir la violación de un derecho fundamental y el perjuicio de los derechos del afectado» (Sentencia constitucional de 26 de julio de 1983)”.

²⁵⁹ Sobre los hechos ocurridos durante el puente de la Inmaculada Concepción del año 2010, véase el crítico estudio periodístico de Carmen THOUS TUSET, “La huelga salvaje de los controladores aéreos durante el puente de la Inmaculada del 2010 desde el Análisis Transaccional”, en la Revista de Análisis Transaccional y Psicología Humanista (RATPH), núm. 65, 2011, págs. 155-175.

2012, consideró que las reclamaciones se debían haber formulado individualmente para cada reclamante, y no acumuladamente²⁶⁰. Dicha consideración se debía a que “los recurrentes no se encuentran en idéntica situación, ni las razones de la reclamación ni las cantidades son iguales, por lo que se precisa una tramitación separada de los procedimientos, aunque la resolución producida se funde en idénticos motivos para todos los recurrentes (...)”; en resumen, porque se consideró que no había esa *conexión directa* requerida procesalmente para la acumulación, y ello pese a que se venía acumulando expedientes de la vía administrativa.

El auto fue recurrido ante el TC y obtuvo un próspero resultado que se materializó en la STC de 27 de enero de 2014. Sin embargo y, contrariamente a lo que pudiera parecer, el máximo intérprete de la Constitución no truncó la doctrina jurisprudencial del TS que venía considerando la *potestatividad de la acumulación*²⁶¹. En efecto, el Ministerio Fiscal planteó su alegato a partir de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE (de modo similar a los recurrentes), pero desde la vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, lo que llevó al tribunal a denegar dicha posibilidad, y abrir un debate jurídicamente interesante. Y es que el propio TC había resuelto en su sentencia de 26 de abril de 1999 que dicha vertiente de acceso a la jurisdicción no se consideraría lesionada de existir mecanismos procesales alternativos de ejercicio de la acción, y en este caso la alternativa era, en efecto, el planteamiento por separado de las acciones, que haría efectivo el acceso a la jurisdicción²⁶². Descartada esa posibilidad, sí advirtió de la infracción de la vertiente de la motivación de las resoluciones judiciales arraigada en la propia tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. Con una cierta vocación de consolidación constitucional de la figura de la acumulación en aquellos casos que, por el alto número de personas afectadas u otras circunstancias excepcionales, sea aconsejable unificar –siguiendo la doctrina del TS antes indicada *a sensu contrario*– desde la perspectiva de la carencia de un razonamiento mínimamente sólido y la omisión de los efectos que pudieran producirse de darse la desacumulación²⁶³.

²⁶⁰ Auto del JCCA de 17 de septiembre de 2012 (ROJ 311/2012), Ponente: José Luis Vicente Ortiz.

²⁶¹ STC de 27 de enero de 2014, núm. 8/2012, Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré. Pero, sin embargo, como curiosidad e indicio justificativo de este hecho véase que la citada sentencia es dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, que a su vez entre sus miembros está el magistrado Juan José González Rivas, Ponente de la antes citada STS de 27 de marzo de 2002 (ROJ 2259/2002), que prevé como conflictiva la acumulación y su carácter preceptivo.

²⁶² Me refiero a la STC de 26 de abril de 1999, núm. 63/1999, Ponente: Rafael de Mendizábal Allende, que trataba, de igual modo, un supuesto de acumulación procesal.

²⁶³ Apunta el TC a las cuatro líneas de texto que conforman el AJCCA de 17 de septiembre de 2012 que la acumulación “no podía descartarse sin una mayor explicitación de las correspondientes premisas jurídicas (*ratio decidendi*) esa vinculación entre las pretensiones, vistas la semejanza y homogeneidad en los elementos que las perfilan, en función de sus lazos objetivos y causales, por más que no hubiera identidad absoluta en el *petitum* a tenor de los distintos perjuicios causados a cada reclamante. A falta de ello, o de una argumentación *ad causam* sobre la incompatibilidad de las acciones por razones procesales o materiales –que tampoco razona el Juzgado Central ni por motivos de competencia de distintos órganos judiciales, ni por su inconexidad, ni en atención a una falta de homogeneidad procedimental o por quedar

Todo ello a pesar de que en el procedimiento administrativo la incidencia de la motivación conforme el artículo 35 de la LPAC es una garantía de primer orden, que exige un esfuerzo valorativo y de razonabilidad superior a la Administración en aras de la ponderación de los hechos y el derecho aplicable, pero que, como se acaba de observar, no siempre suele ser bien avenida en la práctica administrativa. Como he dicho anteriormente, el propio artículo 57 veda cualquier tipo de recurso contra el acuerdo de acumulación (e implícitamente debería entenderse que también contra el denegatorio de la acumulación). Pero ello no impide denunciar esa indefensión producida a raíz de la vulneración de toda una vertiente del artículo 24.1 de la CE, que es la escasa motivación, a través del recurso contencioso-administrativo contra la hipotética resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad, pero canalizándola a través de la proyección de esa dimensión constitucional de la tutela judicial efectiva recogida en el propio artículo 35.1 a) de la LPAC²⁶⁴.

Lo relevante en cualquier caso es la necesidad de mejorar –de *lege ferenda*– la regulación procedimental de este tipo de reclamaciones acumuladas. Sin perjuicio de ello, hasta que esto no suceda, no se debería dejar de observar sus homólogas figuras procesales para aquello que específicamente no se especifique en la LPAC, que sí acepta, sin dudas, esta posibilidad procedimental. También debe tenerse en consideración que en los últimos tiempos ha aumentado su presencia debido precisamente a las reclamaciones en las que se puede exigir responsabilidad patrimonial colectiva. La colectividad, en este supuesto, es sinónimo de pluralidad, de múltiples intereses

encauzadas ex lege en juicios de distinta naturaleza o que obligatoriamente debieran ventilarse y decidirse por separado–, sus pronunciamientos resultan insuficientemente motivados”.

²⁶⁴ Así se desprende de la explicación de María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, op.cit., pág. 98; o Juan José Díez SÁNCHEZ, Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, op. cit., pág. 252 y ss. Sin embargo, éste último autor considera de *lege ferenda* que se debe ir más allá del mero listado enumerativo de la legislación de procedimiento administrativo para alcanzar el deber de motivación sobre todas las resoluciones administrativas con el objeto de preservar las garantías constitucionales. En sentido similar y de forma más optimista señalan Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo I, pág. 1611, que “dada la extensión de los supuestos la motivación constituye la regla”.

Ahora bien, no todo parece ser tan simple, tal y como sugiere Luis MEDINA ALCOZ, “La proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre la actividad administrativa”, en la obra colectiva coordinada por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Eloísa CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, págs. 427 a 445, en el estudio que centra su objetivo en remarcar el tradicional rechazo del Tribunal Constitucional a ampliar el cabal del artículo 24 CE. Las sentencias constitucionales se han encargado siempre de acotar el principio de la tutela judicial efectiva al estricto ámbito judicial, sin que pueda iluminar el procedimiento administrativo, salvo que se trate de las resoluciones administrativas sancionadoras. El propio MEDINA ALCOZ apunta hacia dos sentencias del guardián de la CE con una cierta tendencia hacia la apertura del principio a más resoluciones no sancionadoras. En concreto, se refiere a la STC de 7 de abril de 2014, núm. 46/2014, relativa al análisis de una denegación de la solicitud de renovación del permiso de residencia del recurrente, y la STC de 16 de enero de 2013, núm. 209/2013, relativa a varias resoluciones judiciales confirmatorias de la inadmisión de un recurso de alzada. Pero no considera que ello sea un cambio de rumbo en su doctrina, ni la apertura de una brecha en la misma, sino más bien unas decisiones puntuales y excepcionales.

individuales. El haz de reclamantes puede comprender desde dos hasta, como acabamos de ver, verdaderas reclamaciones colectivas de miles de perjudicados²⁶⁵.

d) La reclamación por parte de un representante de base asociativa

La segunda forma de reclamación colectiva de responsabilidad patrimonial a la Administración es la de la agrupación de varios perjudicados individuales bajo una representación de base asociativa que reclamaría en nombre de cada uno de los afectados que se encuentren afiliados. A diferencia de la anterior modalidad, en la que son ellos los que, con acumulación inicial o sobrevenida, acuden o se adhieren a otro procedimiento ya iniciado bajo un mismo representante legal (sea procurador, en vía judicial, o cualquier otra persona en vía administrativa que hayan señalado, pudiendo serlo hasta “el que figure en primer término” en caso de omisión de señalamiento, conforme el artículo 7 LPAC), aquí se trata de la reclamación colectiva a través de una persona jurídica que pueda asumir la solicitud de la responsabilidad patrimonial administrativa para ante cada uno de sus afiliados en particular²⁶⁶.

El principal escollo a superar en cuanto a la legitimación *ad causam* de este tipo de asociaciones constituidas o dedicadas, entre otras cosas, a la reclamación de indemnizaciones para sus afiliados, se encuentra en la acreditación de la suficiente representación para con éstos, ya que la persona jurídica no es la perjudicada por la actividad administrativa, sino que lo son sus afiliados, en nombre de los que reclama, con pleno respeto a la necesidad de individualizar el daño²⁶⁷. Es pues esta representación legitimadora la que parece unir tanto al TC como al TS en un mismo sentido: el de señalar como punto neurálgico legitimador al redactado de los fines

²⁶⁵ Por ejemplo, la SAN de 21 de octubre de 2015 (ROJ 3917/2015), Ponente: Jesús Nicolás García Paredes, en toda una demanda colectiva de 71 reclamantes, que se intercalaban tanto entre personas físicas como jurídicas, bajo la representación del procurador. Se trataba de la reclamación de responsabilidad patrimonial al Banco de España por la salida a bolsa de Bankia S.A., provocando la contribución de los solicitantes al rescate de la entidad financiera. Aunque la reclamación no fue acogida por motivos de fondo por la Audiencia Nacional, llama la atención, sin embargo, el acogimiento de la acumulación de acciones que acepta la Sala de lo Contencioso después de la incidencia de la antes comentada STC de 27 de enero de 2014.

²⁶⁶ A esta modalidad se refiere especialmente Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *op. cit.*, págs. 82 a 87, en referencia a la diferenciación de figuras afines de los intereses colectivos puros. De la misma manera, la descrita situación es, por ejemplo, referente a las ya comentadas reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la OCU que desembocaron en las SSTs de 15 de abril de 2013, (ROJ 1908/2013 y 1903/2013).

²⁶⁷ En la reclamación por cuenta ajena, evidentemente, y tal y como hemos visto con anterioridad, como consecuencia natural del presupuesto de la institución –la individualización– habrá que señalarse en la demanda a los asociados a los que se está representando y acreditar dicha representación, tal y como recuerda Andrea PLANCHADELL GARGALLO, *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 100 y 101.

Pero la cuestión céntrica en el supuesto concreto del Derecho administrativo se encuentra en el cómo se acredita dicha representación, como bien apunta Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *loc. cit.*

estatutarios de la asociación –como generador de ese interés legítimo de base asociativa– en tanto que exista “una utilidad o ventaja que cada uno de los miembros de la asociación obtendría de la eventual estimación de la pretensión” que “sea verosímilmente extensible, a la vista de sus estatutos, a las asociaciones que interpusieron el recurso contencioso-administrativo”²⁶⁸.

Desde un sentido general y fuera del ámbito de estudio de este trabajo, debo insistir en la necesidad de definir, concretar y, al fin y al cabo, individualizar, con especial meticulosidad esos fines estatutarios habilitantes de la defensa asociativa. De lo contrario, y por mucho que pudiera tener conexión, las cláusulas amplias, generales, o que pretenden englobar casi todo tipo de actividades, provocarán la carencia de la legitimación activa para actuar en el proceso y, evidentemente, la falta de interés legítimo –con traslado al procedimiento administrativo– por no tener una clara vocación de defensa de un grupo concreto ante una actuación determinada²⁶⁹.

²⁶⁸ Se trata de la STC de 30 de octubre de 2000, núm. 252/2000, Ponente: Rafael de Mendizábal Allende, citada por la profesora Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *loc. cit.* En efecto, la sentencia constitucional señala además que “existiendo entonces coincidencia nítida entre el interés individual de los individualmente legitimados y los fines asociativos (consistentes precisamente en la defensa de los intereses de los asociados), se daba pues el nexo o el vínculo exigido por nuestra jurisprudencia para considerar que las asociaciones de vecinos (...) se hallaban en este caso legitimadas para interponer válidamente el recurso contencioso-administrativo contra el conjunto de liquidaciones referidas al servicio de alcantarillado que funcionaba o debía funcionar en la urbanización en la que vivían sus miembros”.

En un sentido similar, aunque desde una óptica más generalista, se ha vuelto a posicionar el máximo intérprete de la CE en su STC de 21 de diciembre de 2009, núm. 218/2009, Ponente: Manuel Reyes Aragón, al considerar que “existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y los concretos motivos en que se fundamenta la impugnación (...) ‘no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida’ (SSTC 282/2006, de 9 de octubre, FJ, 3, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4)”.

La doctrina constitucional de la legitimación asociativa de afectados fue acogida en la STS de 6 de julio de 2010 (ROJ 4270/2010), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate, al aceptar el ejercicio de acciones de nulidad de unas cuotas urbanísticas por parte de una Asociación de propietarios ya que su estimación favorecería “a todos y cada uno de los asociados aun sin haber comparecido en el proceso a título personal”. “Lo contrario sería privar de eficacia al derecho de asociación para imponer a cada uno de los asociados una actividad para la que se constituyó la persona jurídica a la que pertenecen, derecho que no puede quedar empañado o desconocido por el hecho de que algunos asociados reaccionasen, a título personal y particular, frente a la misma disposición y actos administrativos”.

²⁶⁹ Esto fue lo que sucedió en la STS de 13 de junio de 2014 (ROJ 2624/2014), Ponente: Ramón Trillo Torres, que tenía por objeto la impugnación del Decreto 128/2010, de 14 de septiembre, sobre la acreditación del conocimiento lingüístico del profesorado de las Universidades del sistema universitario de Cataluña por parte de la asociación Convivencia Cívica Catalana. Mediante un beligerante alegato, el alto tribunal condenaba la falta de legitimación de la asociación de la siguiente manera: “[e]l objeto social de la recurrente es el amplísimo y genérico que se describe en el artículo segundo de sus Estatutos, que se reproduce de una de las partes del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida que antes hemos copiado y que por eso pondría teóricamente en manos de CONVIVENCIA la legitimación para accionar frente a cualquier actuación que considerase atentatoria a los derechos y libertades fundamentales, a las virtudes cívicas, a los valores democráticos o al principio de igualdad, constituyéndose así en autogarante universal de tan nobles bases de la convivencia nacional (...)”.

Finalmente, cabe hacer hincapié, tal y como señala la profesora CARBONELL PORRAS en el hecho de que este supuesto representa a perjudicados que se asocian, pero “son titulares de una concreta situación jurídico activa que les legitima a título individual para acudir a los tribunales y optan por hacerlo conjuntamente creando una asociación”, pero que se debe diferenciar de aquel supuesto de la legitimación en defensa de intereses colectivos para la que es menester habilitación legal²⁷⁰.

VI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. UN CAMPO NO ACOTADO EXCLUSIVAMENTE A LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

No es novedoso el hecho de que la institución de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, incardinada en el artículo 106.2 de la CE, ha dejado de ser estrictamente una cuestión administrativa, o, mejor dicho, donde sólo está presente la Administración *strictu sensu*. Más específicamente, desde la segunda mitad del siglo pasado hasta los tiempos actuales, el modelo administrativo, o, modelo de Estado, ha sido objeto de una profunda transformación en lo que a la vertiente de la prestación de servicios públicos se refiere²⁷¹, avanzando desde la idea del Estado prestador del servicio para dar paso al conocido como *Estado garante*²⁷². En cuanto a esta idea, señalaba MUÑOZ MACHADO que “[e]l Estado cambia de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios a la condición de garante

²⁷⁰ Eloísa CARBONELL PORRAS, “Los intereses colectivos en la jurisdicción...”, *op. cit.*, pág. 85. Para un mejor entendimiento de la diferencia entre dichos conceptos, me remito en bloque al trabajo que acabo de citar, ya que su análisis de fondo superaría el objeto del presente.

²⁷¹ Ya lo advertía Santiago MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP*, núm. 84, septiembre-diciembre, 1977, pág. 528, al señalar que: “[n]o obstante, entiendo que las transformaciones políticas y sociales que en nuestros días se están fraguando son mucho más complejas y llegarán a afectar más extensamente a las concepciones que, hasta ahora, se han mantenido de la Administración, aun en el sentido subjetivo, lo que, por consecuencia, originará, si no una variación total, sí una nueva acomodación del concepto del Derecho administrativo”.

²⁷² Recordaba Luis JORDANA DE POZAS, “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *RAP*, núm. 4, 1951, pág. 17, las enseñanzas de SIDNEY WEBB, un político laborista británico y profesor de Administración Pública, cofundador de la London School of Economics, al recitar su historieta de la municipalización de los servicios públicos que incidían en los aspectos más cotidianos de la vida. Consistía en que la mayor –por no decir unánime– parte de los servicios públicos por el aquel entonces, por ejemplo, los de luz, gas, transporte, sanidad, educación, y un sinfín de otras prestaciones eran exclusivamente de carácter público (municipal) y prestadas por organismos públicos en la Inglaterra de 1951. Un panorama, sin embargo, habitual en toda la Europa de la época, y con independencia del signo político imperante en cada Estado.

Sin embargo, el paso del tiempo provocó que, a finales del siglo XX, más concretamente las dos últimas décadas, y sobre todo en nuestra concepción continental del Derecho, el Estado fue abocado hacia la liberalización de la mayor parte de los sectores económicos del mercado, aunque manteniéndose en ese momento muchos servicios públicos. Un fenómeno que a nivel nacional germinó en plena transición llegándose a concretar mediante el “retraimiento del Estado y potenciación de la sociedad”, en palabras de Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. IV, *op. cit.*, pág. 491.

(*Gewährlistungsstaat*), vigilante del comportamiento de los mercados para que los operadores respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes para asegurar la salvaguardia de los intereses generales y el cumplimiento, en su caso, de las misiones de servicio público que se les confíen²⁷³. Por su parte, MARALET I GARCÍA describía esta situación de retraimiento del Estado como una “zona gris” entre este y el mercado, al reflexionar sobre la disgregación entre la función de regulación o de organización, a priori propia de los poderes públicos, y la función de suministro de prestaciones, que puede ser administrada por entidades públicas autónomas en la faceta de la gestión o bien por empresas u organizaciones privadas²⁷⁴.

La traducción de la irrupción de la Administración garante y la consiguiente pujanza de figuras intermedias entre lo público o privado –o directamente figuras privadas– en la prestación o gestión de servicios públicos ha supuesto un impacto inequívoco en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, que es la aparición de la figura de la responsabilidad patrimonial por hecho de tercero o por hecho ajeno. Porque es precisamente el “funcionamiento” de estos servicios públicos (que pueden estar en manos privadas) que –no olvidemos– se realiza como la principal causa justificativa del nacimiento de la responsabilidad patrimonial según señala el artículo 32.1 LRJSP.

Si digo que la responsabilidad surge de los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, éstos últimos serán el origen y la piedra angular de la idea que pretendo trasladar²⁷⁵ en concordancia con la doctrina de la responsabilidad del Estado²⁷⁶ y su modulación con el paso del tiempo. Según la concepción de DUGUIT, los servicios públicos son fruto de que el Estado está al servicio de los intereses generales y por ello existe plena conexión con la satisfacción de los

²⁷³ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. IV, *op. cit.*, pág. 499. Este fenómeno ha sido también objeto de estudio recientemente por parte de José ESTEVE PARDO, “La administración garante. Una aproximación”, *op. cit.*, pág. 18, que lo calificó como de “adelgazamiento administrativo”.

²⁷⁴ Elisenda MARALET I GARCÍA, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, núm. 145, enero-abril, 1998, pág. 86. Siguiendo este hilo sostiene la autora que son rebasadas con suma velocidad, por parte de los juristas, las fronteras entre la esfera del derecho y la de la ideología o la concepción de los vínculos entre Estado y Sociedad. Patente de esta problemática de indefinición, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 4 de noviembre de 2014 (ROJ 4863/2014), Ponente: Eduardo Espín Templado, aun sin pretender entrar en debates doctrinales, ha calificado como “dinámica” la noción de servicio público, estableciendo que “habrá que adaptarse en su extensión o en su misma existencia a los cambios tecnológicos y sociales”.

²⁷⁵ Contaba Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit”, *RAP*, núm. 190, enero-abril, 2013, pág. 68, siguiendo la teoría del maestro del servicio público, León DUGUIT, que, para este último, el edificio entero del Derecho Administrativo se alzaba sobre la noción de servicio público, afirmación que me permito trasladar al ámbito concreto de la responsabilidad patrimonial, por vinculación directa de nuestra Constitución y el régimen jurídico derivado de ésta.

²⁷⁶ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit”, *op. cit.*, pág. 72.

derechos de los ciudadanos²⁷⁷ y, me permito concretarlo, con la garantía de indemnidad de los ciudadanos que han sido perjudicados por el funcionamiento de estos servicios públicos en base a la idea del Estado responsable (del servicio)²⁷⁸.

No obstante, las entidades colaboradoras de la Administración no son los únicos sujetos de naturaleza jurídica privada que, según el caso, responderían extracontractualmente por vía administrativa o, según el caso, harían responder patrimonialmente a la Administración. Y es que la posición de garante conectada a su régimen de responsabilidad patrimonial representa precisamente una garantía para aquellos administrados que, habiendo sufrido una lesión provocada por algún agente o sujeto vinculado de manera especial a la Administración, no se ven resarcidos por el causante material del daño porque no puede hacer frente, total o parcialmente, a la correspondiente indemnización. Agregado a ello, se localizan los motivos de enlace con la administración responsable: la conexión especial del tercero con la Administración y la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de esta, motivos que puede ir juntos o por separado. Dicho de otra forma, esta conexión se moldea como nexo entre las Administraciones Públicas y otro sujeto –que normalmente ostentará una naturaleza jurídica mixta o privada– colaborador o al que esta deberá vigilar y controlar con particular interés –o incluso una composición de ambas cosas–.

Todo lo anterior provoca que, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y, posteriormente, en el proceso, sea habitual la presencia de sujetos interesados pasivamente, que, según el régimen que fuere aplicable de fondo, pudieran responder en sustitución de la Administración o juntamente con ella por los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Incluso será dubitativa la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados no por sujetos privados *expressis verbis*, sino por las conocidas como *Administración Institucional y Corporativa*. Pero, como vengo diciendo, también será habitual que la Administración deba resarcir por hecho de sujeto privado (tercero) cuando éste, aun responsable, no pueda hacer frente a la indemnización que es condenado (ya sea por insolvencia o cualquier otra circunstancia), en pro de la garantía de la indemnidad de la víctima y guardando causa en el deber de control y vigilancia (posición de garante) que esta ostenta sobre la actividad o repercusión pública desarrollada por el sujeto privado. Veamos brevemente este régimen jurídico, empezando por las dos situaciones más cercanas a la Administración territorial que, sin embargo, no lo son.

²⁷⁷ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit”, *op. cit.*, pág. 70.

²⁷⁸ José ESTEVE PARDO, “La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria”, *RAP*, núm. 189, septiembre-diciembre, 2012, págs. 34-36. Sostiene el citado autor, hablando de la figura alemana *Beliehne*, que se diferencia primordialmente de los concesionarios administrativos en el hecho de que los segundos son gestores administrativos y no titulares del servicio, por cuanto los primeros sí son titulares del servicio y por tanto responsables de la gestión material del servicio. Téngase en cuenta que en el citado artículo se habla de responsabilidad en sentido amplio, pero que, efectivamente puede trasladarse al supuesto concreto de la responsabilidad patrimonial.

A. Así, por una parte, habrá que analizar a la *administración institucional* que las Administraciones Públicas territoriales utilizan a efectos de prestación de servicios. Cabe señalar que, de forma novedosa, la LRJSP en su artículo 2.1.d) ha incorporado dentro del concepto de *sector público* a la propia administración institucional (catalogado como *sector público institucional*); lo que supone una positivización de esta figura de construcción doctrinal, del mismo modo que lo ha hecho a posteriori, en su artículo 84.1 de la LRJSP con el “*sector público institucional estatal*”²⁷⁹.

Luego es el propio artículo 2.2 de la LRJSP el que enumera las entidades integrantes de este sector público institucional. En primer lugar, contempla las entidades típicas de este sector, que son las entidades de derecho público o dependientes de las Administraciones Públicas, de las que no se duda de su naturaleza jurídico-pública²⁸⁰. Pero, en segundo lugar, recoge la LRJSP, como novedad a tener en consideración, a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas; entidades estas que, en cuanto a su posición como sujeto pasivo de la responsabilidad patrimonial, se han visto rodeadas de una endémica complejidad. Lo natural sería que el régimen de la responsabilidad patrimonial entrase en juego cuando el daño o perjuicio al ciudadano fuera provocado en el ámbito de aplicación de la propia LRJSP. Y, el artículo 2.2 establece tres dimensiones de extensión del ámbito de aplicación subjetivo de la ley a dichas entidades de derecho privado vinculadas o dependientes: a) cuando haya una remisión legal directa, esto es, cuando la ley así lo disponga específicamente; b) les serán de aplicación los principios generales de las Administraciones Públicas recogidas en el artículo 3, entre los que cabe destacar la “[r]esponsabilidad por la gestión pública”; y c) siempre que ejerzan potestades administrativas. Especial mención merece el último de los supuestos, que recoge una solución habitual en la jurisprudencia y potencia aún más la teoría de la responsabilidad patrimonial por hecho de tercero, como veremos a continuación. Y finalmente, en tercer lugar, también forman parte del sector público institucional las Universidades públicas, aunque se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la LRJSP.

²⁷⁹ La curiosidad es que la llamada Administración Institucional, de remarcado carácter doctrinal, ha sido incorporada por primera vez a una ley de régimen jurídico, y además, en un intento de delimitación, lo que ha tenido buena acogida doctrinal, tal y como señala José María CODES CALATRAVA, “La Administración Institucional tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid (RPAM), núm. 34, junio, 2016, pág. 136 y 137; o Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto”, *DA*, núm. 2, enero-diciembre, 2015. Según el artículo 84.1 de la LRJSP, es sector público institucional estatal: los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas.

²⁸⁰ Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “*Manual básico de Derecho Administrativo*”, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 173-176. Los autores plasman de forma sintética esta situación y hablan de las llamadas “sociedades de economía mixta” (y también de fundaciones) pero que están “en mano pública”. Noción que, tanto el Derecho interno (básicamente la jurisprudencia) como el Derecho comunitario suelen publicar a efectos de salvaguardar derechos de los ciudadanos.

Con independencia de esta triple dimensión de lo que comprende el sector público institucional y sus subdivisiones, en lo que se refiere al papel de su participación como sujetos pasivos en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, cabe diferenciar, del mismo modo que ya se hacía con la LRJPAC, entre las entidades instrumentales de naturaleza jurídico-pública y las de naturaleza jurídico-privada²⁸¹; y, dentro de las dos categorías parece ser que se deba diferenciar entre si ejercen funciones públicas o no (donde, ahora sí, el artículo 2.2.b de la LRJSP tendrá un papel determinante). Y digo “parece”, porque, en principio, la doctrina mayoritaria sostiene que las entidades instrumentales con personificación de derecho público deberían responder administrativamente en todo caso, como consecuencia de que incluso se prevé así para cuando actúan en relaciones de Derecho privado según el artículo 35 de la LRJSP (anterior artículo 144 LRJPAC)²⁸². Pero en la actualidad, ha cobrado aún más fuerza con la nueva redacción del artículo 35 LRJSP, al prever que esto será así “incluso cuando concurra [la Administración] con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”. Por tanto, parece ser que la nueva legislación del régimen jurídico del sector público amplía aún más que antes el ámbito de aplicación de su régimen de responsabilidad patrimonial; idea que ya quedaba clara a partir de la redacción del artículo 9.4, párrafo tercero, de la LOPJ²⁸³.

Sin embargo, el *criterio* que se viene imponiendo por parte de la Sala Especial del Tribunal Supremo en el caso de la responsabilidad de entidades públicas empresariales

²⁸¹ Así como lo hizo Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 100 a 107. Ponía de manifiesto el autor que la antigua LRJPAC no diferenciaba entre tipos de entidades de Derecho público a efectos de responsabilidad y que, independientemente de ellos, la LRJPAC las obligaba a estarse a la legislación de régimen jurídico administrativo sólo cuando ejercían potestades administrativas.

Del mismo modo, la LRJSP sigue sin hacer distinción, cuando en su artículo 2.2 a) habla de “[c]ualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas”. Y, a continuación, el punto 4 del artículo 2 establece que “[l]as Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley”.

²⁸² Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *loc. cit.*; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, págs. 256 y 257; Luis MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, *op. cit.* págs. 120 y 121; o Francisco José VILLAR ROJAS, “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones”, VIII Congreso Derecho y Salud, *Nuevas perspectivas de la responsabilidad*, Santiago de Compostela, noviembre, 1999, págs. 11 y siguientes.

De otro lado, sin embargo, Francisco Javier JIMÉNEZ LECHUGA, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, *op. cit.*, pág. 367, entendía que solamente respondían las entidades de Derecho público cuando estaban investidas de la *auctoritas* o el *imperium*, es decir, bajo el ejercicio de funciones o potestades públicas.

²⁸³ El mencionado precepto establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será competente incluso “si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”. De esta amplitud también se ha cerciorado Beatriz RODRÍGUEZ VILLAR, “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *RPAM*, núm. 34, junio, 2016, pág. 228.

es ciertamente ambiguo o discutible (núcleo duro de la Administración Institucional ex artículo 84.1.a). 2º de la LRJSP). Es el caso, por ejemplo, de entidades como REFNE o Ferrocarriles Vascos S.A. Debo citar, *ab initio*, el Auto del TS de 1 de abril de 2009, que debía decidir sobre la competencia del orden civil o el contencioso-administrativo en cuanto a una reclamación de responsabilidad a Ferrocarriles Vascos, S.A., por los daños personales sufridos por un hombre que fue impactado por un tren de la citada entidad pública empresarial. Con amparo en la LOPJ y la LRJCA, y, sobre todo, en el hecho de que “la pretensión que se ejercita es de responsabilidad patrimonial y que una de las entidades contra la que se dirige forma parte de la Administración Pública, y concretamente de la Administración institucional”, la Sala de conflictos de competencia del TS resolvió en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso con reiteración de doctrina²⁸⁴.

Si bien esta postura parecía clara y pacífica, no tardó mucho la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en generar, precisamente, un conflicto que me parece poco acertado. En otros asuntos más recientes en los que se enjuiciaba a RENFE, referentes a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por caídas de usuarios en el andén o al bajar del tren, la Sala reconoció la competencia de la jurisdicción ordinaria. La novedosa línea argumentativa parte de la *naturaleza jurídica híbrida* de las entidades públicas empresariales, a saber: de un lado, son una modalidad específica de organismo público con personalidad jurídica de Derecho público y tienen la consideración de administración institucional; y de otro lado, al ser sociedades están sometidas al ordenamiento jurídico privado. Encuentra amparo este argumento para el caso concreto en el artículo 4 del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RENFE-Operadora, que dispone que se regirá por el Derecho privado, excepto en lo relativo a la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las entidades públicas empresariales, ahora en la LRJSP²⁸⁵.

²⁸⁴ ATS, Sala Especial, de 1 de abril de 2009 (ROJ 5975/2009), Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Señala el propio Auto la analogía entre Ferrocarriles Vascos, S.A., y RENFE, al recordar lo siguiente: “[f]inalmente esta Sala, a propósito de la responsabilidad patrimonial de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles –RENFE–, cuya naturaleza de entidad pública empresarial y sujeción al régimen de Derecho privado es similar a Ferrocarriles Vascos, S.A., ha declarado que corresponde el conocimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Autos de 27 de diciembre de 2.001, núm. 33, y 21 de octubre de 2.002, núm. 38”.

²⁸⁵ Pero lo que realmente establece el artículo es que “[l]a entidad pública empresarial RENFE-Operadora se regirá por el Derecho privado excepto en lo relativo a la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (...)”. Pero la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), fue derogada por la disposición derogatoria única c) de la LRJSP. En consecuencia, la Administración Institucional pasa a regularse por los artículos 84 y siguientes de la citada ley.

Como consecuencia de la naturaleza híbrida, señala la nueva doctrina de la Sala Especial, que los actos realizados en *manos públicas* serán considerados como tal y, por tanto, revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, cuando desarrollen actividades de índole comercial, industrial o de prestación de servicios como empresas privadas estarán sometidas al ordenamiento jurídico privado y, por tanto, a la jurisdicción civil. Por tanto, según este cambio de criterio jurisprudencial, una caída en el andén, del tren, o un simple retraso de RENFE va a suponer una hipotética responsabilidad civil extracontractual derivada de la actividad empresarial (no administrativa) de la entidad pública empresarial, conforme a los artículos 1902 y siguientes del CC²⁸⁶.

Con todo, si con anterioridad a la LRJSP ya se podía poner en duda esta línea resolutoria, con la nueva redacción del artículo 35 considero que la misma ha quedado desactualizada. Porque, aunque el mismo se refiera a la actuación administrativa mediante una entidad de derecho privado, a continuación, estipula que el ámbito de aplicación objetivo es “en relaciones de esta naturaleza” (es decir, privada). Por tanto, si cuando la Administración Pública actúa directamente o a través de una entidad de derecho privado en relaciones de derecho privado se debe seguir el procedimiento administrativo de reclamación por responsabilidad patrimonial (y posteriormente, si cabe, la jurisdicción contencioso-administrativa); y bajo la sujeción del régimen de los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, *a fortiori*, debería entenderse extendido el ámbito de aplicación a las entidades de derecho público cuando actúen en relaciones de derecho privado.

Es precisamente el precepto comentado el que me ayuda a enlazar la discusión de la responsabilidad de las entidades de naturaleza pública con la de las entidades de naturaleza privada. Si bien antes de la LRJSP solamente se podía justificar, en parte, la responsabilidad patrimonial administrativa de estas entidades en tanto en cuanto ejercían potestades públicas, siendo los daños y perjuicios derivados de su actividad privada de conocimiento civil²⁸⁷, parece ser que ello ha cambiado radicalmente –como

²⁸⁶ La resolución judicial más ilustre del cambio producido fue dictada precisamente por el magistrado que dos años atrás había apuntado al orden contencioso-administrativo como conocedor de estas situaciones, el ATS, Sala Especial, de 22 de junio de 2011 (ROJ 8118/2011), Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández; en un caso de una usuaria de RENFE que, al dirigirse para acceder al vagón del tren, tropezó y resbaló con el desnivel existente en el suelo del andén que se encontraba hueco, cayéndose y golpeándose fuertemente con el vagón y el andén.

Otros casos similares, y en los que se ratifica este posicionamiento son los AATS de la Sala Especial, de 11 de abril de 2013 (ROJ 4800/2013), Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez, en un supuesto de reclamación de daños y perjuicios por un retraso de RENFE; de 24 de abril de 2015 (ROJ 2964/2015), Ponente: Inés María Huerta Garicano, en una reclamación de responsabilidad civil a RENFE por las lesiones sufridas en una caída al bajar del tren; o de 15 de marzo de 2017 (ROJ 2186/2017), Ponente: Rafael Toledano Cantero, en un supuesto de una caída sufrida en una estación de cercanías al resbalarse por estar el suelo mojado sin señalizar.

²⁸⁷ Así como sostenía Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 103 a 107.

he señalado con anterioridad— con el artículo 35 de la LRJSP, al incluir dentro del régimen jurídico de responsabilidad administrativa de aplicación la actividad privada de cualquier entidad de Derecho privado²⁸⁸. Ello implica que, en el supuesto específico de la responsabilidad patrimonial, el ámbito subjetivo de aplicación para este tipo de entidades es aún mayor que el ámbito general del artículo 2.2 b) de la LRJSP, lo que significa una salida al paso de la huida del Derecho administrativo, incluso en pro del principio de aplicación de la norma especial.

B. Por otro lado, cabe hacer referencia obligada también a las llamadas Corporaciones de Derecho público, que se caracterizan por ser asociaciones de Derecho privado con un fin corporativo. Dicho de otro modo, según REQUERO IBÁÑEZ, se trata de varias personas o entidades reunidas en función de un elemento e interés común de tipo profesional, económico o social²⁸⁹. Pero la verdadera causa del interés administrativo y contencioso-administrativo de estas Corporaciones se halla en su *naturaleza bifronte*, en tanto en cuanto son asociaciones privadas revestidas de funciones públicas delegadas y, por tanto, actúan tanto en el ámbito privado como en el público mediante determinadas potestades que les vienen siendo atribuidas legalmente.

En consecuencia, la doctrina mayoritaria considera que será en este ámbito de ejercicio de potestades públicas, previamente delimitadas por alguna norma, cuando responderá en base al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de los artículos 35 y siguientes de la LRJSP²⁹⁰. Pero es la norma previa delimitadora, en conjunto con la delegación de competencias de la Administración territorial, que deberán ser objeto de análisis con particular atención para averiguar si el sujeto pasivo directamente responsable —y por ende, el sujeto ante quién se debe tramitar el procedimiento para exigir responsabilidad— es la Administración territorial, en base a su posición de garante de las funciones delegadas; o bien si es la Administración corporativa como poseedora del traspaso de la gestión pública y responsable de su ámbito de actuación.

²⁸⁸ Incluso antes de la entrada en vigor de la LRJSP hubo algún pronunciamiento judicial a favor de la unidad de fuero de la jurisdicción contencioso-administrativa por deber ser ésta la concedora de la reclamación por daños y perjuicios derivados de la prestación de servicios de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. Me refiero al ATS, Sala Especial, de 30 de septiembre de 2014 (ROJ 7721/2014), Ponente: María del Pilar Teso Gamella, en la que, previo señalamiento de que la sociedad anónima no era Administración, destacó que sí que ejerce potestades públicas, aunque sea en el ámbito privado, por lo que, conforma una lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

²⁸⁹ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Las corporaciones de derecho público en el proceso contencioso-administrativo”, en la obra colectiva dirigida por él mismo, *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 81. En el mismo sentido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, Tomo I, págs. 409 y 410.

²⁹⁰ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, págs. 257 y 258. Aunque pone de manifiesto la falta de claridad por parte de la jurisprudencia en la materia ya que la jurisdicción civil ha reconocido en alguna ocasión la responsabilidad extracontractual de alguna Corporación de Derecho Público dentro de su actividad administrativa ex artículo 1902 del CC.

La respuesta no parece simple y, desde luego, no admite una solución absoluta. De un lado, nos podemos encontrar con aquellos supuestos de responsabilidad de la propia Administración corporativa y consecuente competencia de la misma para tramitar y resolver el procedimiento administrativo. Es el caso de los Colegios Profesionales y sus correspondientes Consejos Generales. El TS ha tenido varias ocasiones de sentar doctrina jurisprudencial en estos casos, con especial trascendencia en decisiones sobre la hipotética responsabilidad patrimonial de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y de Consejo General de éstos en casos referentes a denegaciones improcedentes de apertura de oficinas de farmacia. Son dos los argumentos ofrecidos por esta tesis que merecen un tratamiento conjunto. En primer lugar, cabe centrar la mirada en la transferencia de competencias administrativas de la Administración territorial a la Corporativa, lo que se postula como una delegación intersubjetiva y no como transferencia de la titularidad²⁹¹. Pero el elemento verdaderamente desencadenante a la hora de averiguar si hay una determinada desconcentración de competencias o descentralización de las mismas en favor de una Administración Corporativa que implique la asunción de la responsabilidad patrimonial por los daños causados en el marco de dicha actividad delegada, es observar si la Administración territorial se ha guardado algún tipo de control sobre la misma o, de lo contrario, si la Administración Corporativa ejerce de forma íntegra el ejercicio de las competencias en la determinada materia. En el último de los casos la Administración Corporativa será el sujeto pasivo de la responsabilidad patrimonial. Pues bien, lo cierto es que tanto en el caso del Colegio Oficial de Farmacéuticos como el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España ejercen total y absolutamente sus competencias en materia de apertura de farmacias y, por consiguiente, el recurso de alzada contra los acuerdos de los Colegios le corresponde al Consejo General. En consecuencia, no interviene la Administración territorial ni en el caso de recurso administrativo, lo que atribuye la competencia a la Administración corporativa para conocer de estos supuestos, no simplemente en el caso concreto que se ha analizado, sino también en el resto de los casos donde intervenga una agrupación de base corporativa o, más en concreto, Colegios Profesionales²⁹².

²⁹¹ La Sentencia que marcó un antes y un después en este ámbito fue la STS de 17 de noviembre de 2001 (ROJ 8959/2001), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate, que vino a establecer que “[e]n virtud de la desconcentración o descentralización operada en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y en el Consejo General de éstos, hasta el extremo de que las decisiones de los primeros, relativas a la apertura de las oficinas de farmacia, no tenían otro recurso administrativo que ante éste, con lo que se agotaba la vía administrativa (Orden de 3 de julio de 1974), la responsabilidad patrimonial derivada de su actuación es exigible ante esa misma Administración Corporativa, como acertadamente lo considera la sentencia recurrida (...)”.

Aunque en este caso, parece más correcto hablar de “delegación” y no de “transferencia”, porque según la doctrina, la transferencia conlleva, asimismo, la transmisión de titularidad y, en cambio, la delegación solo transfiere el ejercicio, que es lo que sucede en el caso objeto de análisis. Véase, por todos, Íñigo SANZ RUBIALES, “Refuerzo competencial”, *RJCL*, núm. extraordinario 1, 2006, págs. 70 a 73.

²⁹² En el supuesto de los colegios profesionales del ámbito de la farmacia, el Tribunal Supremo ha ido consolidando la doctrina jurisprudencial antes citada de la STS de 17 de noviembre de 2001 en otras

Sin embargo, como vengo señalando, no ante todo tipo de Administración corporativa se va a poder requerir la responsabilidad patrimonial por la actividad administrativa desarrollada por la misma, ni va a ser ella el sujeto pasivo responsable del daño reclamado. Resulta aleccionador el caso de las Federaciones deportivas²⁹³. Y dentro de este ámbito, me parece icónico el caso *Karpin c. la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) y el Consejo Superior de Deportes (CSD)*²⁹⁴. Se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Valery Karpin, ante el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, frente a la desestimación de la reclamación de

resoluciones como por ejemplo en los AATS de 23 de marzo de 2006 (ROJ 5802/2006), Ponente: Mariano de Oro-Pulido López; o de 10 de abril de 2008 (ROJ 2344/2008), Ponente: José Manuel Sieira Míguez; así como la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2012 (ROJ 3653/2012), Ponente: Manuel José Domingo Zaballos.

Sin embargo, también se ha reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración Corporativa Colegio Profesional en multitud de otros supuestos fuera del ámbito de la farmacia y, generalmente por daños morales causados por denegaciones indebidas de la colegiación. A modo de ilustración por ejemplo la STS de 2 de junio de 2014 (ROJ 2234/2014), Ponente: José María del Riego Valledor, en un supuesto que se condenó al Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos al pago de 15.000 euros por la denegación de la colegiación solicitada; la STS de 11 de junio de 2012 (ROJ 3857/2012), Ponente: Antonio Martí García, condenando al mismo Colegio profesional antes citado por un hecho similar a 7.000; la STSJ de Aragón, de 4 de noviembre de 2014 (ROJ 1582/2014), Ponente: Javier Seoane Prado, que rechaza la petición de indemnización de la interesada contra el Colegio Profesional de Decoradores y Diseñadores de Interior de Aragón por motivos de fondo; o la STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2012 (ROJ 13718/2012), Ponente: María José Moseñe Gracia, en la que también se rechaza por motivos de fondo la responsabilidad patrimonial solicitada por el interesado contra el Colegio de Abogados de Barcelona.

²⁹³ Andreu CAMPS POVILL, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 103 a 108 –especialmente en la penúltima y última de las páginas citadas– intenta proporcionar una definición válida para todas las Federaciones de la siguiente manera: “«un ente asociativo (en la mayoría de países) de segundo grado, que organiza, promueve y reglamenta dentro de su ámbito de incidencia territorial uno o varios deportes con el fin de que todos los agentes activos implicados en el mismo puedan desarrollarlo y llevarlo a la práctica»”. Pero estas entidades ejercen verdaderas potestades públicas que, naturalmente estarán sujetas al Derecho administrativo, tal y como señala Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 264 a 270, como por ejemplo en el caso icónico de la actuación administrativa deportiva consistente en la expedición de licencias.

La Sala Especial del Tribunal Supremo ha venido señalando claramente la naturaleza jurídica de Administración Corporativa a las Federaciones deportivas en resoluciones como por ejemplo el ATS, Sala Especial, de 14 de junio de 2001 (ROJ 12288/2001), Ponente: Mariano Sampedro Corral, en la que decía que “(...) la licencia de jugador de fútbol que se concibe como ‘documento expedido por la R.F.E.F. que le permite la práctica de tal deporte como federado y su alineación en partidos y competiciones oficiales’ (artículo 129.2 del Reglamento General), constituye una manifestación de la llamada Administración Corporativa, cuya función viene sometida al derecho administrativo, y a su régimen de recursos, de modo que los actos realizados en ejercicio de la función delegada por la administración deportiva son recurribles ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa (...)”. Fijémonos en esta última afirmación, que será clave de bóveda para determinar el sujeto responsable de los actos dictados en ejercicio de funciones públicas por parte de la Administración corporativa deportiva y el régimen de recursos al que está sometida la actividad administrativa deportiva. Sobre la naturaleza de las licencias deportivas y su debate doctrinal véase más en Eduard-Valentin PAVEL, “Licencias deportivas y menores: el derecho de retención y su (in)compatibilidad con el régimen de protección jurídica del menor”, en *Revista Española de Derecho Deportivo (REDD)*, núm. 41, 2018, págs. 11 a 40.

²⁹⁴ Caso de considerable relevancia que fue enjuiciado por la SAN de 26 de abril de 2012 (ROJ 2148/2012), Ponente: María Nieves Buisan García, que acabó en la condena del Ministerio la Presidencia al pago de 180.303,64 euros en concepto de responsabilidad patrimonial por la actividad administrativa de la RFEF y el CSD.

responsabilidad patrimonial en relación con diversas resoluciones de la RFEF y el CSD, por la que se denegaba la emisión de la licencia como jugador comunitario en competiciones oficiales estatales. El conflicto emergió cuando el jugador solicitó la tramitación de licencia en 31 de julio de 2000 como jugador nacional o comunitario, para no tener que ocupar la plaza de extranjero, en virtud del Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre la CE y la Federación Rusa (establecía que no se podía discriminar a un trabajador ruso por su nacionalidad). La tramitación de licencia fue denegada por la RFEF. El 10 de agosto de 2002 se celebró un contrato con la Real Sociedad para la prestación de servicios como jugador profesional para la temporada 2002/2003 y 2003/2004. Concluido ese contrato, el jugador solicitó a la RFEF la tramitación de su licencia de jugador profesional como nacional o comunitario (sin ocupar plaza de extranjero). La RFEF, primero, y el CSD, segundo, rechazaron dicha tramitación. El jugador recurrió a la vía contencioso-administrativa y al cabo de unos años, en el 2008, el TSJ de Madrid y el TS le acabaron dando la razón, reconociendo a Karpin el derecho a la práctica de su profesión de futbolista profesional en las mismas condiciones que los nacionales y comunitarios.

En base a todo ello, el jugador ejerció una acción de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de la Presidencia (Ministerio del que dependía en aquel momento el CSD, órgano administrativo del que, a su vez, dependía la RFEF), argumentando que la errónea interpretación sostenida en las resoluciones anuladas por las mencionadas sentencias del TS determinaron la imposibilidad de que el mismo compitiera con su equipo de fútbol en las temporadas 2002/2003 y 2003/2004 en las mismas condiciones que un jugador nacional o comunitario²⁹⁵. Pero lo curioso del caso es cómo la actividad de la Administración corporativa que es la RFEF –en relación con la emisión de licencias deportivas– puede desembocar en la responsabilidad patrimonial directa de la Administración territorial delegante. La diferencia con el caso de los Colegios Profesionales antecedente radica en que la Administración territorial en el ámbito deportivo tiene un control directo de la actividad de la corporativa al ostentar el poder de controlar y revisar su actividad mediante el agotamiento de la vía administrativa previa de las decisiones federativas que se materializa mediante el recurso de alzada ante, en este caso, el Consejo Superior de Deportes²⁹⁶. Esta ha sido doctrina pacífica en

²⁹⁵ La indemnización reclamada era básicamente la siguiente pérdida del plus marcado en una cláusula contractual que decía lo siguiente: “[l]a Real Sociedad de Fútbol SAD abonará al jugador la cantidad de hasta 90.151,82 euros netos en cada una de las temporadas de vigencia del presente contrato en las que el jugador tenga la condición de comunitario. Si el jugador no tiene la condición de comunitario, o teniéndola ésta se deja sin efecto, de la citada cantidad se descontará proporcionalmente el tiempo en que no tenga la condición de comunitario”.

²⁹⁶ Según el artículo 33 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre del Deporte (LD), el órgano administrativo delegante de las potestades públicas deportivas es el CSD, que a su vez se conforma y perfila como un organismo autónomo de derecho público ejerciente de competencias propias de la Administración General del Estado, en la actualidad adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte según el artículo 7 de la propia LD y los artículos 1 y 2 del Real Decreto 460/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo Superior de Deportes.

la jurisdicción contencioso-administrativa con respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración territorial garante de la actividad desarrollada por la Administración Corporativa que son las Federaciones deportivas²⁹⁷. Y el mismo razonamiento es aplicable en el ámbito autonómico con las Federaciones deportivas que tengan delegadas las funciones públicas que correspondan a la respectiva Comunidad Autónoma.

2. GRUPOS DE LEGITIMADOS PASIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A. La intervención de los contratistas y concesionarios en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

La presencia más conocida de legitimados pasivos en el procedimiento de responsabilidad patrimonial es, sin duda, la derivada de los daños provocados por los contratistas de la Administración, cuyo régimen de responsabilidad se encuentra regulado en el artículo 196 de la LCSP y el artículo 32.9 de la LRJSP. Este régimen impone la responsabilidad al contratista por los daños causados a terceros derivados de la ejecución del contrato, salvo algunas excepciones. Estas excepciones son las siguientes: cuando se hayan ocasionado los daños como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración; como consecuencia de los vicios inherentes al proyecto elaborado por la misma en base al poder de dirección que esta ostenta al ser titular de la obra o servicio; cuando la Administración incumpla sus deberes de control e inspección (responsabilidad *in vigilando*); o cuando derive de riesgos inherentes al objeto contractual²⁹⁸.

²⁹⁷ Así por ejemplo la STS de 25 de abril de 2017 (ROJ 1621/2017), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso, en un caso de responsabilidad patrimonial que se había condenado por parte de la Audiencia Nacional al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por los daños causados por la interposición de una sanción por parte de la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) y luego confirmada en alzada por el CSD. También, en sentido similar, pero en este caso por la actuación de la Real Federación Española de Baloncesto (RFEB), la SAN de 25 de enero de 2011 (312/2011), Ponente: Jesús Cudero Blas.

²⁹⁸ Han estudiado estas causas de exoneración de la responsabilidad patrimonial por daños ocasionados en el marco de la ejecución de un contrato administrativo, entre otros, Eduardo GAMERO CASADO, "Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato", en la obra colectiva coordinada por él mismo, *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, consulta *online* en fecha 18 de julio de 2019; o Concepción HORGUÉ BAENA, "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre, 1998, pág. 345-346. De manera más completa han profundizado María José ALONSO MAS y Edilberto NARBÓN LÁINEZ, *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013; o Anabelén CASARES MARCOS, "Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos", en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por ella misma, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1487-1544.

Sin embargo, y abanderando la idea de garantizar la indemnidad de la víctima, en el supuesto de que se incurra en una situación de insolvencia del contratista, existe un significativo sector doctrinal propenso a amparar la idea de que la Administración deba responder solidaria o subsidiariamente, incluso extrínsecamente de los casos previstos en el Derecho positivo vigente, aunque los razonamientos y posibles soluciones finales sean disímiles²⁹⁹. De la misma manera plantea esta senda resolutoria alguna línea jurisprudencial, desde posicionamientos contemplativamente radicales, a otros que no lo son tanto, pero siempre con la aceptación de que en estos supuestos la Administración deberá responder, al menos, de forma subsidiaria, colocándose en una posición de última instancia de aseguramiento de la indemnización³⁰⁰.

Con todo, también ha habido destacados posicionamientos en contra de esta idea, bajo la justificación de que los contratistas son ajenos a la estructura administrativa y, en consecuencia, no debe esta responder ni directa ni subsidiariamente por la actividad del contratista; pese a que es mayoritariamente aceptada esta última opción, la de la subsidiariedad³⁰¹. Si bien ha sido necesaria esta mínima introducción en cuanto a los supuestos de responsabilidad, debo redirigir la línea discursiva hacia cómo debe encarar el perjudicado por los daños y perjuicios causados en ejecución de un contrato

²⁹⁹ Implícitamente María José ALONSO MAS y Edilberto NARBÓN LÁINEZ, *La responsabilidad por los daños...*, *op cit.*, pág. 184, siguiendo en gran medida a lo largo de su ola argumentativa a Margarita BELADIEZ ROJO, –pero no en su totalidad, porque esta última autora es partidaria de que la Administración responda por culpa *in vigilando*–, sostienen la posición de que “la Administración contratante responde siempre [de forma subsidiaria] ante el tercero” por cuanto mantienen la titularidad de la obra o servicio. Esto significa que el tercero perjudicado debe mantener, al menos como garantía de última instancia, la posibilidad de acudir a la responsabilidad del sujeto que ostenta la titularidad de la obra o servicio, pero no solamente eso, sino, en mi opinión, el sujeto que *encarga* (cualquiera que sea la forma de encargo) una determinada obra o servicio, término este último que podría ampliarse y, por consiguiente, trasladarse, al concepto abierto de “servicio público”.

También se inclinaba a favor de la responsabilidad subsidiaria de la Administración Manuel REBOLLO PUIG, “La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”, *Derecho y Salud (DS)*, vol. 8, núm. 1, enero-junio, 2000, pág. 25, al considerarla la situación más justa posible por cuanto corresponderá responder al autor material del daño y compromete a la Administración en el caso de insolvencia de estos.

Aunque distinto, fue Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal (RDAF)*, núm. 44-45, 1976, el que planteó el posicionamiento más radical ante esta situación defendiendo la responsabilidad directa de la Administración por su titularidad del servicio, tesis que los autores antes citados no comparten.

³⁰⁰ La sentencia del TS más ilustrativa fue la de 9 de mayo de 1989 (ROJ 2879/1989) en la que el propio Francisco González Navarro, como Ponente, aplicó su propia teoría consistente en imputar la responsabilidad directamente a la Administración cuando el daño lo ha causado un contratista. Además de los autores citados en la nota anterior, y entre otros, también fue crítico con esta línea jurisprudencial –cambiante de la anterior forma interpretativa– Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998, págs. 118-135, proponiendo la responsabilidad subsidiaria de la Administración como la más adecuada.

³⁰¹ Muestra de este planteamiento contrario lo encontramos en Raúl BOCANEGRA SIERRA, “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *DA*, núms. 237-238, 1994, págs. 229 y 230, que, pese a ello, parece aceptar, como última ratio, la responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia del contratista.

público y, en particular, la necesidad de seguir la vía administrativa previa y a qué sujetos se debe imputar la reclamación.

De entrada, conforme a lo dispuesto en el artículo 196.3 de la LCSP y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión, los reclamantes disponen de dos vías para dirigirse a la Administración con la finalidad de solicitar ser resarcidos por los daños que les han sido causados.

En primer lugar, pueden acudir a un mecanismo voluntario previo a la reclamación de responsabilidad patrimonial *strictu sensu*. Esta posibilidad es la de dirigirse al órgano de contratación para que, previa audiencia al contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El objetivo de esta previsión es ofrecer al interesado la posibilidad de obtener una aclaración que le oriente contra quién ha de dirigirse. En esta tesitura, la seguridad jurídica adquiere un rol fundamental, ya que la confusión que puede traerle el régimen jurídico de contratación al interesado sobre el sujeto responsable de los daños puede ser importante³⁰². De cualquier modo, la seguridad jurídica de esta figura se disipa si nos cuestionamos cuáles pueden ser los posibles desenlaces del ejercicio del requerimiento previo. En este sentido, sostiene GAMERO CASADO que podría dar tres resultados: a) una resolución que indique al perjudicado que el contratista es el causante de los daños; b) una resolución de archivo de las actuaciones en el caso de que se considere que no existe responsabilidad de ninguna clase; o c) un acuerdo del órgano de contratación instando al órgano competente de la Administración a iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad, y que a su vez indique al perjudicado su derecho a presentar esa reclamación de responsabilidad patrimonial³⁰³. Ahora bien, considero que las primeras dos propuestas no pueden cuajar. Toda resolución en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración debe venir precedida de la tramitación del procedimiento conforme a lo dispuesto en la LPAC. Esta es una cuestión que, además, viene remarcada en el art. 196.4 de la LCSP al recordar que “[l]a reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”. Consecuentemente, el requerimiento previo del art. 196.3 LCSP no puede dar lugar más que a una *resolución de carácter informativo*, pero no declarativa de la responsabilidad patrimonial.

No perdería su esencia el requerimiento previo en este caso si esta resolución de carácter informativo diera lugar, tal y como parece deslizar el profesor GAMERO

³⁰² Eduardo GAMERO CASADO, “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista...”, *op. cit.*, apunta precisamente que la seguridad jurídica es el motivo de fondo de esta previsión “ante el complicado escenario de acciones que se le puede plantear en el caso de no tener claramente predefinido si la imputación de la lesión recae sobre la Administración o sobre el contratista, toda vez que las vías de reclamación de la indemnización difieren en uno u otro caso”.

³⁰³ Eduardo GAMERO CASADO, “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista...”, *op. cit.*

CASADO³⁰⁴, a un deber de la Administración correspondiente a iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Si se trata de una resolución dictada por la misma Administración sería incoherente no iniciar de oficio el procedimiento, aunque sea para luego archivarlo si fuera oportuno. La cuestión es no dejar a los interesados sin una investigación del daño, que además es una vocación de la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Por lo demás, en el caso de que el órgano de contratación considere que la responsabilidad es únicamente del contratista, quedará expedida la vía para que los interesados se dirijan contra él³⁰⁵. En el caso de que considere la responsabilidad de la Administración, se deberá seguir el procedimiento de reclamación conforme a los artículos 54 y siguientes de la LPAC.

En segundo lugar, cabe también que el perjudicado se dirija directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106.2 de la CE, 32 y siguientes de la LRJSP, y 54 y siguientes de la LPAC, dado que, además, el artículo 196.3 de la LCSP configura como facultativa la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre quién es el sujeto responsable. En este caso, la Administración tendrá dos alternativas: estimar o declinar la concurrencia de los requisitos de responsabilidad patrimonial. Si la Administración estima la existencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial tendrá, a su vez, dos salidas hacederas: imputar la responsabilidad al contratista y, en este caso reconducir a los interesados al cauce adecuado; o, señalar que le corresponde la responsabilidad a la propia Administración³⁰⁶. Esto es así, al menos de conformidad con la jurisprudencia mayoritaria actual. A pesar de ello, poco me convencen estas salidas, ya que considero que la Administración, en el caso de que observe la imputabilidad de la responsabilidad al contratista podrá declarar formalmente la responsabilidad del contratista en la resolución y, en su caso, ejecutarla. El asunto lo trato con mayor abundamiento en el epígrafe VII de este capítulo, al que me remito.

Lo que sí queda claro es que la propia doctrina del TS señala que está fuera de lugar que la Administración dé “la callada por respuesta”, limitándose a declarar su

³⁰⁴ Eduardo GAMERO CASADO, “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista...”, *op. cit.*

³⁰⁵ Aunque cabe señalar que este podrá impugnar administrativa (artículo 112 de la LPAC) y luego judicialmente (artículo 25 de la LRJCA) dicha decisión, lo que, junto a la potestatividad de esta opción, provoca cierta inviabilidad acudir a esta figura, a causa de la tardanza de la propia resolución y el alargamiento innecesario del entero proceso de reclamación de responsabilidad patrimonial.

³⁰⁶ Este camino a seguir ha sido así configurado por las citadas SSTs de 30 de marzo de 2009 (ROJ 1754/2009), Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco; de 11 de febrero de 2013 (ROJ 647/2013), Ponente: José María del Riego Valledor; y la de 14 de octubre de 2013 (ROJ 4996/2013), Ponente: Carlos Lesmes Serrano.

En el mismo sentido muchas otras sentencias de la jurisprudencia menor, que de forma ejemplificativa señalo, por todas, las completas STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2016 (ROJ 4068/2016), Ponente: María Begoña González García; y la STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2016 (ROJ 18/2016), Ponente: José Ramón Chaves García.

irresponsabilidad y causando indefensión a los perjudicados para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Ello lo impide no sólo el espíritu del artículo 196.3 de la LCSP, que requiere el pronunciamiento administrativo previo sobre la imputación del daño, sino los propios principios básicos del sistema administrativo general (buena fe y confianza legítima) o del procedimiento administrativo, en particular, que obliga a la impulsión de oficio (71 LPAC) y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de sus actos para subsanarlos (68 LPAC), así como el deber de resolver (21 LPAC). En estos casos, los tribunales han optado por atribuir la responsabilidad a la Administración por omisión, entendiendo que si han incurrido en pasividad es porque asumían la responsabilidad de lo decidido, por lo que tienen vedado el cambio de estrategia en sede judicial si previamente en el procedimiento administrativa han optado por la pasividad, e incluso su inactividad procedimental conllevará mayoritariamente una mayor probabilidad de condena por el fondo del asunto³⁰⁷.

B. La participación de la aseguradora de la Administración como legitimado pasivo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

De entrada, cabe destacar la *naturaleza jurídica privada* del contrato de seguro celebrado entre una Administración Pública y una entidad aseguradora de su responsabilidad civil. Ello provoca, según apunta GAMERO CASADO, una bifurcación del tratamiento jurisdiccional en el sentido de que va a corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa (previa reclamación administrativa) la determinación de la responsabilidad de la Administración y a la jurisdicción civil si esa responsabilidad está cubierta por la póliza conforme a la LCS³⁰⁸.

³⁰⁷ Véase la jurisprudencia citada en la nota anterior. En concreto, la STS de 30 de marzo de 2009 entiende que “[t]al pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada”.

Aplicando esta misma doctrina, la STSJ de Castilla y León de 10 de octubre de 2016 condena a la Comunidad Autónoma de Castilla y León y a la Entidad Nuevo Hospital de Burgos S.A. como responsables por una caída sufrida por una usuaria al tropezar con el bordillo del hospital en el aparcamiento norte del complejo sanitario. Si bien la encargada directa de la explotación de la obra pública del aparcamiento era la entidad concesionaria, la inactividad procedimental decantó la balanza de la justicia tanto sobre ella como la Administración titular del servicio.

En el mismo sentido que los párrafos anteriores, véase Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “La incidencia de la externalización en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva dirigida por Luis ORTEGA ÁLVAREZ, y coordinada por ella misma, *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011, págs. 298 a 301; o Eduardo GAMERO CASADO, “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista...”, *op. cit.*

³⁰⁸ Eduardo GAMERO CASADO, “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva coordinada por Anabelén CASARES MARCOS y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 253.

Pero en cuanto a la declaración de responsabilidad, es pacíficamente conocido que la existencia de intervención por parte de compañías aseguradoras se suele encarar, salvando las distancias, como una verdadera modalidad de *litisconsorcio pasivo necesario* tanto en vía administrativa como en vía judicial. Ello siendo conforme a lo señalado en el artículo 21.1 c) de la LRJCA al imponer que las aseguradoras de la Administración “siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”, cuya previsión puede complementarse en el procedimiento administrativo a través del artículo 4.1 b) de la LPAC en relación con el artículo 82.5 del mismo texto legal³⁰⁹. Ahora bien, sin perjuicio del debate de si estamos ante un litisconsorcio pasivo necesario puro o, por el contrario, más diluido *a causa de su flexibilización desde la perspectiva del reclamante*; sí que esta figura es trascendente para comprender la competencia administrativa y posterior contencioso-administrativa en exclusiva para conocer y declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la carga impuesta por el artículo 21.1 c) de la LRJCA parece cerrar la puerta al ejercicio de la acción directa por parte del perjudicado contra la compañía aseguradora *ex art. 76 de la LCS*. Considero, en consecuencia, que tanto por motivos de especialidad como por el tajante tono del artículo 9.4 párrafo segundo *in fine* de la LOPJ, que especifica que los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativa “[i]gualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva” a modo de complemento del art. 21.1 c) de la LRJCA, el legislador ha pretendido excluir del conocimiento del orden civil cualquier acción contra las aseguradoras de la responsabilidad civil derivada de la actividad de la Administración Pública³¹⁰.

Sin embargo, lo anterior sigue sin entenderlo así la jurisdicción civil y, por lo que parece, tampoco la Sala Especial del Tribunal Supremo. Cabe citar, por todas, el Auto de

³⁰⁹ Así lo señala María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 379 y 380.

Pero de forma acertada matiza Francisco Javier RAMÓN SIERRA, “La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tras la reforma operada por la ley orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (RJCLM)*, núm. 42, septiembre, 2007, págs. 194 a 199, al calificar de *interesado o codemandado especial* en el procedimiento o proceso a la entidad aseguradora, pero defendiendo que no nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario de carácter legal por la dificultad que ello tiene en la jurisdicción contencioso-administrativa porque se trata más bien de una cuestión de emplazamiento de los interesados (como en este caso puede ser la entidad aseguradora). Ello significa que se le impone la carga de emplazar a los interesados a la Administración, conforme el artículo 48.1 de la LRJCA, a diferencia de un verdadero litisconsorcio pasivo necesario, donde es una carga del demandante por medio del escrito de la demanda. El precepto homólogo al anterior de la ley de la jurisdicción trasladado al terreno procedimental lo encontramos en el artículo 82.5 de la LPAC que impone a la Administración dar en todo caso audiencia al contratista, lo cual es una forma de participación obligada en la reclamación en vía administrativa.

³¹⁰ Véase en este sentido María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 382 a 384, que cita el Auto a modo ilustrativo el AAP de Madrid de 3 de noviembre de 2004 (ROJ 9490/2004), Ponente: Ángel Vicente Illescas Rus, en el que se esgrimen todas las razones descritas anteriormente en favor de la *vis atractiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa.

16 de noviembre de 2016 de la Sala Primera del Tribunal Supremo que especifica que el artículo 9.4 de la LOPJ antes citado sólo prescribe la competencia del orden contencioso-administrativo cuando acumulativamente se acciona por el perjudicado contra la Administración y contra su aseguradora, no así cuando se demanda única y exclusivamente a la aseguradora ejercitando la acción directa del artículo 76 de la LCS³¹¹.

De otro lado, cabe mencionar que ya en el ámbito procedimental de responsabilidad el papel participativo de la aseguradora se erige en una posición pasiva, como si fuera un codemandado. No sólo desde el punto de vista de hipotético responsable del pago de la indemnización, sino que no le corresponde a ella decisión alguna sobre la resolución del procedimiento, sino exclusivamente a la Administración conforme al artículo 34 de la LPAC: “[l]os actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido” en conexión con el artículo 92 del mismo texto legal. Esta afirmación, no obstante, debe salvaguardarse de la posibilidad del asegurador de impugnar en vía contencioso-administrativa la hipotética estimación, total o parcial, de la reclamación de responsabilidad por parte de la Administración siempre que esté en desacuerdo con su decisión, canalizando su recurso por vía del artículo 19.1 LRJCA³¹². Esta situación es consecuencia de que *la aseguradora es solo un interesado más en el procedimiento*, y como tal, disfruta de las mismas garantías que los demás interesados, en concreto, que el interesado-reclamante³¹³.

³¹¹ ATS, Sala Primera, de 16 de noviembre de 2016 (ROJ 10306/2016), Ponente: Francisco Martín Castan. En el mismo sentido ha resuelto el ATS, Sala Especial, de 4 de diciembre de 2014 (ROJ 8303/2014), Ponente: Sebastián Sastre Papiol, que recuerda la postura ya tradicional de la Sala Especial del Tribunal Supremo al señalar que “será competente la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que se impute responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, aun cuando concurren con la misma otras personas públicas y privadas; y será únicamente competente la jurisdicción civil cuando la demanda se formule exclusivamente contra la entidad aseguradora de la Administración”. De modo similar lo recuerda la STS, Sala Primera, de 5 de junio de 2019 (ROJ 1840/2019), Ponente: Eduardo Baena Ruiz.

En el mismo sentido también los AATS, Sala Especial, de 19 de febrero de 2014 (ROJ 1056/2014), Ponente: María del Pilar Teso Gamella, o de 19 de diciembre de 2013 (ROJ 12345/2013), Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez.

Estas actuaciones, en contraposición con la literalidad del art. 9.4 de la LOPJ, han llevado a la doctrina administrativista a lamentar considerablemente la asunción de los casos por la jurisdicción civil, como, por ejemplo, pone de manifiesto Eduardo GAMERO CASADO, “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista...”, *op. cit.*: “[e]l hecho de que la jurisdicción civil pueda pronunciarse autónomamente sobre la responsabilidad administrativa extracontractual (cuando el daño sea imputable a la Administración y la reparación se reclame exclusivamente a su aseguradora por medio de la acción directa), sigue siendo, a mi juicio, un rasgo patológico del sistema, pero se trata de una situación absolutamente consolidada en la actualidad”.

³¹² La categorización con la que es dotado el tono del artículo 21.1 c) de la LRJCA ha levantado ampollas entre la doctrina que rápidamente ha reaccionado frente al posible cierre de unívoca posibilidad de que la aseguradora sólo sea parte codemandada y no demandante, véase por ejemplo Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pág. 316; o Eduardo GAMERO CASADO “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 284.

³¹³ A mayor abundamiento, véase el epígrafe relativo al estatuto del tercero dentro epígrafe VII del presente capítulo.

C. Los sujetos habilitados por la Administración

Por otra parte, pero en la misma dirección, cabe destacar aquellos casos en los que el productor de la lesión no es un contratista o un concesionario de la Administración, que se rigen en virtud de la normativa de contratos del sector público, sino que es causada por alguno de aquellos sujetos cuya conexión con la Administración se ampara en un título habilitante: ya sea autorización o una concesión; que pueden ser tanto de dominio público como de servicio público³¹⁴. El sector doctrinal –con base en destacable jurisprudencia y doctrina de consejos consultivos– también ha ido reaccionando, en este ámbito, contra el desentendimiento de la Administración de toda responsabilidad en los supuestos de la responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios generados por sujetos autorizados o concesionarios. Es de destacar la reacción de LAGUNA DE PAZ, en torno a la defensa de la responsabilidad subsidiaria de las entidades públicas, que tiene por finalidad preservar el espíritu de la indemnidad de la víctima en supuestos de daños causados por sujetos autorizados³¹⁵. Este supuesto me permito ampliarlo, *a fortiori*, a los concesionarios demaniales.

El presente caso, *ad exemplum*, es típico y se deja ver en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados en el contexto de celebración de festejos populares y espectáculos³¹⁶. Este es un marco en el que la Administración debe extremar la precaución sobre la empresa o personas a las que autoriza porque en última instancia (y ante la insolvencia del autorizado) sería ella la que respondería por *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, sin ser problemático el hecho de que el perjudicado puede dirigirse contra todos los sujetos a los que se les puede imputar la responsabilidad y, en consecuencia, si concurre con la Administración será ante ella dónde se presentará la reclamación y posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa³¹⁷.

³¹⁴ Especial relevancia en este aspecto contiene el estudio de José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *RAP*, núm. 155, mayo-agosto, 2001.

³¹⁵ José Carlos LAGUNA DE PAZ, “Responsabilidad...sujeto autorizado”, *op. cit.*, pág. 56, planteó, de una manera realmente sensata, que se debe entender que en supuestos de insolvencia del autorizado y cuando éste no haya suscrito una póliza de seguro en previsión de una hipotética responsabilidad civil por daños y perjuicios por razón de su título habilitante, debería responder en última instancia la Administración, es decir, de forma subsidiaria. Mediante remisión directa al autor citado en esta nota se refería Oriol MIR PUIGPELAT, “La responsabilidad...propuestas para el siglo XXI”, *op. cit.*, pág. 49, para apoyar dicho posicionamiento: “[p]arecería oportuno que el legislador se ocupara también de la intervención de terceros particulares (p. ej., sujetos autorizados...)”.

³¹⁶ De ello se percata Vicente CUÑAT EDO, “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *REFC*, núm. 18, julio-diciembre, 2012, pág. 122, ya que se trata de un daño ocasionado no por dependientes de la Administración, sino por sujetos que se encuentran bajo la vigilancia o autorización de la misma, por lo que tendrá el deber de control sobre la actividad autorizada.

³¹⁷ También se pronuncia sobre este supuesto David BLANQUER CRIADO, “Fiestas populares y espectáculos: libre asunción de riesgos y responsabilidad patrimonial de la Administración” en el manual colectivo coordinado por Anabelén CASARES MARCOS y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

D. Los sujetos habilitados que colaboran en el ejercicio de potestades públicas

Mención aparte merecen los supuestos, análogos a los anteriores, en los que la Administración no sólo se conforma con habilitar por medio de la figura de la autorización o concesión administrativa a un determinado sujeto privado con la finalidad de utilizar de forma privativa un bien demanial, sino que los emplea para dar una atribución de carácter jurídico al ejercicio de verdaderas funciones públicas de autoridad por parte de estos sujetos³¹⁸. En otras palabras, no deja de ser este fenómeno una práctica que se utiliza en el ámbito empresarial trasladada al administrativo, la externalización³¹⁹, que no necesariamente se llevará a cabo por medio de alguna figura contractual de la LCSP.

La actividad descrita consiste más en una improvisación integradora de lagunas que en una aplicación normativa estricta³²⁰. Es por la señalada causa que, a mayor

La STSJ de Castilla y León de 6 de marzo de 2017 (ROJ 1036/2017), Ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez, reconoció la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Morales del Vino porque durante la celebración de la fiesta popular no organizada por la Administración local, pero sí autorizada, conocida como el “mayo”, que consiste en la elevación de un tronco, el reclamante quedó atrapado por el mismo causándole varias lesiones. Señala el tribunal que “[l]a exigencia de esta actividad deriva del hecho de que dio la autorización para una celebración, que ésta tuvo lugar en terreno municipal y en la que iban a intervenir todos los vecinos del pueblo. En consecuencia, es una actividad en la que con independencia de la intervención que tengan los ‘quintos’ del pueblo, el Ayuntamiento no puede desentenderse de la misma”. Por tanto, la atribución de responsabilidad en este caso además se justificaba por el deber de vigilancia de la Administración para ante la seguridad de sus vecinos.

Un caso similar es el de la STSJ de Castilla y León de 28 de abril de 2015 (ROJ 1958/2015), Ponente: María de la Encarnación Lucas Lucas, que condenó al Ayuntamiento de Cuéllar y a su aseguradora por las lesiones causadas a unos menores de edad por causa de la explosión de los restos del material pirotécnico utilizado por una empresa privada en el espectáculo de fuegos artificiales utilizados en las fiestas patronales de la localidad.

³¹⁸ Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “A vueltas con el ejercicio...”, *op. cit.* pág. 639, habla de la utilización de estos títulos habilitantes, sin perjuicio de que se estén empezando a utilizar figuras distintas, como convenios de colaboración o incluso las comunicaciones previas y declaraciones de responsables. La autora realiza una buena comparación con la institución alemana que sí permite explícitamente “el trasvase a los particulares de funciones de autoridad”; que son las *Beliehene*, o lo que es lo mismo: “entidades o sujetos privados, que actúan como agentes descentralizados de la Administración, ejercen de forma autónoma competencias públicas y se someten al Derecho Administrativo cuando así actúan”.

³¹⁹ Los supuestos de externalización consisten en trasladar funciones administrativas a los particulares en el marco de la autoorganización administrativa. Así lo explica Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *DA*, núm. 286-287, enero-agosto 2010, págs. 299-300. Más adelante, en las págs. 321-322, la profesora pone algunos ejemplos de estas actividades trasvasadas: inspección técnica de vehículos, la materia de seguridad y calidad industrial, la inspección de buques, el transporte de personas por cable, la verificación medioambiental, la inspección de la edificación, etc.

Un ejemplo de este último servicio llevado al terreno de la responsabilidad patrimonial administrativa puede ser el hecho del que se hacía eco el diario *El País*, el día 19 de noviembre de 2015, mediante el siguiente titular: “Las obras de metro de San Fernando provocan grietas en 300 viviendas”. Además, en este municipio de la Comunidad de Madrid, como causa de las obras del metro, entre otros hechos, se tuvo que demoler un gimnasio en peligro de derrumbe. Las obras fueron llevadas a cabo por varias constructoras privadas, contratistas de la Administración. ¿Tendría alguna responsabilidad la Administración en caso de insolvencia de los contratistas?

³²⁰ En concordancia con lo dicho en la nota anterior debo señalar que los distintos cauces normativos propios del ordenamiento jurídico español no confieren la opción de dotar a las

abundamiento, debería permanecer, como una especie de garantía de cierre o de última instancia, la responsabilidad de la Administración, así como ha sucedido y se ha defendido en más de una ocasión, aunque los argumentos para llegar a tal consideración han estado dotados de nudos y desenlaces heterogéneos³²¹. Visto lo visto, sin embargo, en lo que se refiere a la presencia de estos sujetos en el procedimiento de responsabilidad, debo remitirme al apartado relativo a la Administración corporativa; ya que, al poseer un sustrato común –a pesar de las diferencias que puedan informar a cada categoría– merece la pena dotarlas de un tratamiento conjunto en lo que a este ámbito se refiere.

E. Otros terceros: los internos o usuarios de establecimientos de titularidad pública

Son referentes, así, aunque no son las únicas situaciones enmarcadas en este último conjunto –pero que es muy didáctico a modo ejemplificativo– los daños ocasionados por internos o usuarios de establecimientos de titularidad pública³²² a causa del razonamiento basado en que estos sujetos no pueden considerarse ajenos a la actuación que la Administración debería amparar. Ello es así por considerárseles a estos sujetos, de una manera u otra, integrados en el ámbito organizativo del servicio público –y por consiguiente cualquier daño que pudieran causar tendría la consideración de evitable por parte de la Administración– lo que equivale a que el daño es producido en este ámbito genérico del “servicio público” por alguien que, en palabras de CIERCO SEIRA, “es familiar para la Administración”³²³. El supuesto que se antedice puede hallar un trayecto bifronte: por un lado, cuando el interno o usuario provoca daño a terceras personas³²⁴; y, por otro lado, cuando el interno o usuario se provoca el daño a sí

Administraciones Públicas del poder de realizar ese trasvase de funciones de autoridad hacia sujetos privados.

³²¹ Es demostrativo de ello el trabajo de Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La responsabilidad administrativa en los casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, *REDA*, núm. 123, 2004, págs. 399 a 424, en el que además se basa en un preciso trazo jurisprudencial para evidenciar la consecuencia de esta colaboración público-privada. Colaboración a la que, opino, no se ha llegado por los cauces adecuados y por este motivo, entre otros, la Administración deberá responder, al menos, en última instancia, para que la víctima de un daño causado por un sujeto que ejercita una verdadera potestad pública sea resarcida. Distinto posicionamiento aguarda Francisco Javier JIMÉNEZ LECHUGA, “Responsabilidad patrimonial e indemnidad...”, *op. cit.*, págs. 438 y ss., que sostiene la responsabilidad solidaria de la Administración cuando se encuentre en colaboración con otro sujeto, ya sea otra entidad pública o un sujeto privado.

³²² Un detenido trazo de estudio es el que realiza César CIERCO SEIRA, “Los establecimientos de servicios sociales y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra coordinada por Antonio EZQUERRA HUERVA, *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 209 y ss. Especial incidencia ostenta en el citado la responsabilidad por los centros de servicios sociales de la Administración.

³²³ La argumentación consume con derivación del ejemplo que César CIERCO SEIRA, “Los establecimientos de servicios sociales...”, *op. cit.*, págs. 270-271, expone a raíz de la argumentativa empleada en la STS de 12 de marzo de 1975 –caso novios de Granada– donde se produjo el fallecimiento de un joven que paseaba con su novia por la calle como consecuencia de que un enfermo mental ingresado en un hospital aledaño se arrojó por la ventana cayéndole encima.

³²⁴ Tras más de treinta y siete años de la famosa sentencia de los novios de Granada, fue un Tribunal asturiano el que dictó una sentencia tanto similar como distinta. Se trata de la STSJ de Asturias de 24 de

mismo³²⁵. Ambas situaciones, no obstante, se han visto amparadas desde una perspectiva con voluntad resarcitoria por la jurisprudencia, al sostenerse que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso puede brotar bajo aspecto directo, indirecto o concurrente³²⁶.

Este detalle, que siempre ha estado presente pero que ha ido tomando relevancia en los últimos tiempos, sugiere, en mi opinión, la posibilidad de concebir la Administración como garante último –aunque no necesariamente directo ni solidario– de aquellos daños que se pueden ocasionar por aquellos sujetos no públicos pero que tengan algún tipo de conexión o vinculación especial con las Administraciones Públicas. La afirmación que antecede debe entenderse derivada del papel de control y garantía

julio de 2012 (ROJ 3172/2012), que luego fue analizada por la STS de 7 de mayo de 2013 (ROJ 2299/2013) que acabó denegando un recurso de casación para la unificación de la doctrina que interpuso el Principado de Asturias al no considerar los hechos iguales con otra sentencia que la comunidad autónoma pretendía comparar. En la citada se enjuició un caso originario en el asesinato de un niño de 6 años cuando estaba jugando en un parque a causa del acuchillamiento provocado por un enfermo mental. El caso es que el nombrado enfermo mental había quedado desvinculado del Servicio de Salud Mental del Principado de Asturias 5 años antes de cometer el delito, sin que dicho servicio intentase volver a vincularlo. Ello fue calificado como “defectuoso, por incompleto, seguimiento de la enfermedad del enfermo mental severo” por parte de la STSJ de Asturias, o lo que es lo mismo culpa *in vigilando*, con lo que, acabó decretando concurrencia de culpas entre la Administración y las personas del entorno familiar del enfermo.

³²⁵ El caso de los novios de Granada también influyó en situaciones en que incluso el mismo interno, también enfermo mental, se provoca daño a sí mismo culminando en el suicidio. Es muestra de ello la STS de 10 de diciembre de 1987 (ROJ 9514/1987), Ponente: Francisco González Navarro –recordemos que es uno de los autores defensores de la responsabilidad patrimonial administrativa por causa de su titularidad–, estableciendo que en el caso del suicidio en uno de sus centros, la administración incurre por lo menos en culpa *in vigilando*, resultando muy explícito con el siguiente párrafo: “[e]n cuando a la afirmación que, con visos de profecía, se hace por el mismo letrado de que seguirán ocurriendo suicidios en establecimientos de este tipo, no parece que pueda ser tomado en consideración a efectos de eludir el principio de responsabilidad extracontractual en este caso en concreto, ni tampoco en esos que anuncia como de producción inevitable, siempre que el resultado de muerte deriva del funcionamiento del servicio cuya prestación tiene encomendada el hospital psiquiátrico”. En el mismo sentido se inclina la STS de 4 de octubre de 1999 (ROJ 6050/1999), Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, resolviendo la responsabilidad patrimonial de la Administración por no adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar el suicidio de un paciente con tendencia al mismo atendido en el servicio de urgencia.

³²⁶ Es ejemplo la ya citada, pero relevante, STSJ de Asturias de 24 de julio de 2012 (ROJ 3172/2012) al estimar que “(...) no se puede olvidar que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, puede aparecer bajo formas directas, indirectas o concurrentes (...)”. También el TS ha tenido ocasión de posicionarse sobre este asunto –posicionamiento que sigue la STSJ de Asturias, aunque los fondos sean distintos–, en especial la STS de 1 de diciembre de 2009 (ROJ 7159/2009) de la que fue Ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, en relación con la STS de 7 de febrero de 2012 (ROJ 663/2012). Vale la pena transcribir el siguiente párrafo de esta última sentencia citada: “[e]l segundo motivo de casación insiste en el argumento de la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139.1 de la Ley 30/1992 (LRJAP), así como la jurisprudencia consolidada que considera que la relación de causalidad no puede ser objeto de concepciones restrictivas contrarias al carácter objetivo de la responsabilidad; así, la relación de causalidad puede aparecer no sólo bajo formas directas e inmediatas, sino también mediatas, indirectas o concurrentes (STS de 25/1/1997 y 26/4/1997, además de otras mencionadas en el motivo anterior, así como la de 1/12/2009, 3381/2015, primera en pronunciarse en asunto de las mismas características)”.

que la Administración ejerce en base a su función de Administración servicial³²⁷, siempre que la intervención del tercero no carezca de esa conexión o vinculación especial suficiente, o lo que es lo mismo, siempre que la intervención del tercero no produzca la ruptura total del nexo de causalidad³²⁸. Ello puede parecer una gran ampliación de la responsabilidad administrativa convirtiéndola en lo que más se pretende evitar: que se convierta en una aseguradora universal que cubra todos los daños ocasionados a los ciudadanos. En ningún caso deberá entenderse de esta manera, pues los contrapesos de la responsabilidad patrimonial administrativa por hecho de tercero serán suficientemente estables como para asegurar la viabilidad absoluta de la actividad administrativa en conjunto con la indemnidad de las víctimas por los daños conexos con la Administración. Para dar alcance a este objetivo, no obstante, deberá revisarse el papel de la Administración en sus relaciones con la sociedad y el íntegro sistema de responsabilidad patrimonial administrativa, siempre, claro está, desde una perspectiva de *lege ferenda*.

VII. LA POSICIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA PROPOSICIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DEL TERCERO PRESUNTO RESPONSABLE

Merced a todo lo anterior y, como se podrá observar a lo largo del presente trabajo, en muchas ocasiones se hará necesaria la participación de terceros sujetos, posibles responsables, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. De esta manera, cabe cuestionarse con profundidad la necesidad de integración de esta presencia procedimental de terceros con la eficacia de los actos administrativos desde que se dictan (art. 39.1 LPAC). Los terceros sujetos no solo dan su opinión sobre la marcha del procedimiento y tampoco son meros espectadores, sino que son unos interesados más [art. 4.1 b) de la LPAC], con intereses contrapuestos a los interesados reclamantes. Y como tales pueden resultar directamente afectados por la resolución administrativa o cualquier otra modalidad de terminación, con lo que es preciso concretar la forma de gestión de esta afectación en el marco de la vía administrativa previa.

Con vistas en una integración y uniformización de los terceros interesados posiblemente responsables del daño en el procedimiento administrativo, considero nuclear dar respuesta a varias cuestiones relativas al régimen jurídico de la *posición de los terceros interesados* en la tramitación de la responsabilidad patrimonial: a) si estos

³²⁷ Santiago MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, “Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial” en la obra coordinada por Joaquín ORTIZ BLASCO y Petra MAHILLO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial...*, *op cit.*, págs. 132-134.

³²⁸ Santiago MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, “Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial”, *op. cit.*, págs. 143-144, al analizar la intervención del tercero o de la propia víctima sobre el nexo causal señala que “[p]arece necesario utilizar una única teoría para determinar la existencia del curso causal y conocer cuál es el criterio en virtud del cual el juzgador entiende como adecuada o relevante la actuación de la Administración para poder imputarla un resultado lesivo”. Lo anterior supone, al fin y al cabo, una llamada a la construcción de una teoría sobre dicha responsabilidad patrimonial administrativa por hecho de tercero.

deben ser llamados desde el inicio; b) qué rol juegan durante el curso procedimental; c) cual es el papel que desarrollan en la negociación y consiguiente terminación convencional del procedimiento; y d) cómo les afecta una eventual resolución de condena. De las cuatro vertientes señaladas, esta última se perfila como esencial, ya que la respuesta de cómo afectará una hipotética resolución declarativa de responsabilidad a estos interesados justificará, en menor o mayor medida, su intervención en el procedimiento.

1. LA AFECTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONDENA A LOS INTERESADOS QUE SE ENCUENTRAN EN POSICIÓN PASIVA: LA ADMINISTRACIÓN DEBE ORDENAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN AL TERCERO Y, EN SU CASO, EJECUTAR DICHA ORDEN

Si bien resulta meridianamente diáfano que en los casos de *daños de relevancia pública*, provocados por terceros interesados de naturaleza jurídica mixta o privada, se debe acudir a la vía administrativa para reclamar responsabilidad patrimonial y que estos serán *codemandados* en un ulterior proceso judicial (art. 21.1 LRJCA), con todo lo que ello implica, es decir, que podrán salir condenados, la cuestión no es para nada pacífica en el terreno de la resolución administrativa. Esta razón justifica la necesidad de empezar por el final porque la respuesta que se proporcionará en la presente, influirá en toda la tramitación administrativa en lo que a los *terceros interesados* atañe.

Las principales teorías que se barajan para seguir el camino de la *ejecución* de la resolución administrativa de condena de un tercer interesado son tres, sin perjuicio de subdivisiones o matices para cada una de ellas. Primera: que una vez declarada la responsabilidad del tercero interesado en el procedimiento administrativo se interpele al reclamante a acudir a la jurisdicción civil para hacer efectivo su derecho. Segunda: que sea la Administración la que afronte el coste de la indemnización y, posteriormente, repita contra el tercero responsable. Y, tercera: que, como ya he anticipado en páginas anteriores, es la que me parece más oportuna, que la Administración, además de realizar un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad del tercero, *ordene el pago de la indemnización* a este. Vayamos por partes.

La primera de las “soluciones” ya ha sido objeto de análisis en otro lugar del presente trabajo. A modo de resumen, un sector jurisprudencial –encabezado por la propia Sala Tercera del TS³²⁹–, ha considerado que, a raíz de los daños derivados de la ejecución de los contratos del sector público, si la Administración (en la vía preliminar del ahora art. 196.3 LCSP³³⁰) considera que la responsabilidad es del contratista, “dejará

³²⁹ Recuérdese, las SSTS de 30 de marzo de 2009 (ROJ 1754/2009), Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco; de 11 de febrero de 2013 (ROJ 647/2013), Ponente: José María del Riego Valledor; y la de 14 de octubre de 2013 (ROJ 4996/2013), Ponente: Carlos Lesmes Serrano.

³³⁰ Coincido en este punto con Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 113, por cuanto matiza que la consulta del reclamante al órgano contratante sobre qué parte contractual considera responsable (del ahora art. 196.3 LCSP), no es un *procedimiento de reclamación de la indemnización*, sino una simple consulta con un carácter orientativo para este. Por ello, el autor insiste en la superfluidad de esta previsión.

expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él”, es decir, la vía civil; y, por el contrario, solo en el caso de que la responsabilidad pueda ser de la propia Administración, se debería tramitar conforme a la –actual– LPAC. No se hizo esperar el alzamiento, prácticamente en bloque, de la doctrina frente a esta solución porque rompía la unidad del fuero jurisdiccional (a pesar de que ya se encontraba recogida en el art. 9.2 de la LOPJ y en el aún vigente art. 123 de la LEF); llevaba a la víctima a embarcarse en un letárgico peregrinaje jurisdiccional (en detrimento, como es natural, de la seguridad jurídica); y, además, comprometía la efectividad del derecho a una tutela judicial³³¹.

Descartada la derivación del reclamante a la jurisdicción civil– antes o después de obtener un pronunciamiento en vía administrativa–, es preciso estudiar la segunda de las opciones antes señaladas. Esta es la postura, de marcado carácter garantista, defendida esencialmente por el Consejo de Estado, conforme a la cual la Administración deberá en todo caso indemnizar al reclamante cuando así proceda y dirigirse después en vía de regreso contra el contratista o tercero responsable. Se trata de una manera de facilitar el ejercicio de acciones frente a la Administración, porque, además, de esta manera se garantiza la *responsabilidad objetiva de la Administración* frente a la responsabilidad civil subjetiva³³². Aunque la distancia entre ambos regímenes no sea tan importante como se antojaría sobre el papel, podemos decir, en líneas generales, que el afectado sí tiene mayores garantías bajo el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que en el marco de la responsabilidad civil. Por ello, esta posición cuestiona lo determinado por el TS tanto en las sentencias citadas anteriormente, así

³³¹ La confusión de los Tribunales con este tema, debido, en parte, a una defectuosa técnica legislativa (sobre todo del legislador de contratos), es apuntada –en lo que podría considerarse como el sentir doctrinal en la materia– por Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 116. Además, el autor traza un itinerario a seguir en estos supuestos, que es holgadamente claro: a) Con carácter potestativo los perjudicados podrán consultar a la Administración sobre a qué parte contractual le corresponde la responsabilidad; b) en cualquiera de los supuestos, sea cual sea el responsable, el perjudicado deberá presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración titular del servicio; c) la Administración tramitará el procedimiento; d) Dicha resolución será impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por parte de cualquiera de los interesados. También es clara Anabelén CASARES MARCOS, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados...”, *op. cit.*, consulta *online*, en cuanto subraya que “[a]mbos preceptos imponen (en referencia a los arts. 9.2 de la LOPJ y 123 de la LEF), en definitiva, la unidad jurisdiccional en la materia, al menos para sancionar el conocimiento del orden contencioso-administrativo en todos aquellos supuestos en que la reclamación por los daños ocasionados se dirija a la Administración, independientemente de que pueda ir acompañada, a su vez, de una reclamación simultánea contra el contratista o concesionario”.

Del mismo modo coinciden, María José ALONSO MAS y Edilberto NARBÓN LÁINEZ, *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución...*, *op. cit.*, pág. 184; Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, *RJCLM*, núm. 47, diciembre, 2009, págs. 205 a 209; Miriam CUETO PÉREZ, “Incidencia de las leyes 39 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en supuestos de gestión privada” *RAP*, núm. 201, 2016, pág. 327; Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 159 a 162.

³³² *Memoria del Consejo de Estado del año 2009*, Madrid, diciembre, 2010, págs. 200 y ss.

como en otras anteriores³³³. Del mismo modo que el Consejo de Estado, la *Comissió Jurídica Assessora de Catalunya* también ha considerado, con carácter general, *el deber de pago directo* de la Administración, haciendo gala de los mismos tintes garantistas que el Consejo de Estado, doctrina a la que sigue, aunque con pequeños matices³³⁴. Una de las voces doctrinales más autorizadas en la materia, el profesor REBOLLO PUIG, ha considerado, sin embargo, que esta no es una solución conforme con la voluntad legal y que, a la postre, implicaría que la Administración sufragara lo que le corresponde al contratista³³⁵. Coincido con ello. Pero he de decir que esta solución es, en cualquier caso, mejor que la remisión del interesado a la vía civil, ya que, siguiendo a COLLADO MARTÍNEZ, “[u]na Administración acostumbrada a tramitar los expedientes ofrece siempre una mayor garantía para el reclamante”³³⁶.

En mi opinión, a fin de preservar el equilibrio entre el dictado de la ley y la garantía más efectiva para el afectado, la mejor solución es la tercera de las indicadas, la que propone que, de apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial atribuible al contratista o, por extensión, a un tercero interesado, la Administración deberá *ordenar el pago de la indemnización*. Se trata de una tendencia más bien minoritaria que, sin embargo, a la vista de las limitaciones de las anteriores propuestas, se está abriendo paso.

De este modo lo defiende, con determinación, el Consejo Consultivo de Canarias en un Dictamen de 24 de julio de 2018³³⁷. Lo curioso del razonamiento que proporciona dicho órgano consultivo es que, para llegar a la conclusión que luego sienta, utiliza los razonamientos de la STS de 2 de diciembre de 2010, que, si bien clara en tanto que lamenta el peregrinaje jurisdiccional de los perjudicados³³⁸, no es menos cierto que se

³³³ Ello sin perjuicio de la ya “santificada”, pero no por ello seguida, STS de mayo de 1989 (ROJ 2879/1989), Ponente: Francisco González Navarro. Esta posición ha sido objeto de mayor análisis en las páginas anteriores.

³³⁴ Véase, de este modo, el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* de 7 de julio de 2018, núm. 184/2016, Ponente: Marc Marsal Ferret, en la que además se hace recordatorio del inmenso elenco doctrinal de este órgano consultivo sobre dicha cuestión. Ahora bien, llama la atención que la *Comissió* observa alguna excepción a esta regla general y, prevé la obligación de imputar directamente el pago de la indemnización al contratista (aunque no menciona cómo ha de hacerse) cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. El ejemplo *circunstancial* se puede encontrar en la misma resolución citada, en la que la *Comissió* razona que debe imputarse la responsabilidad (entiéndase, sin que deba hacerle frente el Ayuntamiento de Barcelona de forma directa, sin perjuicio de una ulterior acción de repetición) a la empresa contratista porque, a pesar de haber sido notificada de la reclamación y del inicio del procedimiento, así como del trámite de audiencia, esta no hizo acto de presencia alguno ni presentó alegaciones.

En este sentido, también la *Memoria d’activitats de la Comissió Jurídica Assessora del año 2011*, Barcelona, mayo, 2012, págs. 210 y ss.

³³⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 116 y 117.

³³⁶ Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 161.

³³⁷ Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias de 24 de julio de 2018, núm. 338/2018, Ponente: de Haro Brito, o de 8 de febrero de 2017, núm. 41/2017, Ponente: Lorenzo Tejera.

³³⁸ Más en concreto, y además de las sentencias citadas en los anteriores párrafos, el Consejo Consultivo canario utiliza el siguiente pronunciamiento que proporcionó el TS en la época de los vaivenes interpretativos sobre esta cuestión, en concreto, me refiero a la STS de 2 de diciembre de 2010 (ROJ 7256/2010), Ponente: Carlos Lesmes Serrano, que decía lo siguiente: “[c]ierto es que la concurrencia de

encuentra, como un oasis, en medio de una pléyade de decisiones de signo contrario. Pero lo que en ningún caso establece la resolución del TS es lo que acaba esgrimiendo el Consejo Consultivo canario. A partir del momento en el que descarta que los reclamantes deban acudir a la vía civil, en primer lugar, y de que sea la Administración quien pague (para su posterior repetición contra el contratista) entre otras cosas, porque –la actual LCSP, entonces TRLCSP– no prevé procedimiento de repetición alguno contra el contratista, el órgano consultivo propone una idea muy sensata. Y no es otra que si la Administración, tras pronunciarse acerca de la imputabilidad de los daños y considerando que estos le son inherentes al contratista, este debe, simplemente, efectuar el pago al perjudicado.

Esta postura también ha comenzado a mostrar sus primeros brotes en el ámbito judicial, donde cabe citar la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2017³³⁹. La sentencia conocía de un recurso de apelación en materia de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de un usuario en la piscina de una instalación deportiva de titularidad municipal pero gestionada por una empresa concesionaria. La secuencia procedimental y procesal anduvo como explico acto seguido. La resolución administrativa declaró, de un lado, la existencia de relación de causalidad entre el servicio público (operado en el marco de una concesión) y la lesión causada (la muerte de un usuario); y, de otro lado, la responsabilidad de la empresa concesionaria (por una deficiente ejecución contractual)³⁴⁰.

Pero no se quedó ahí la cosa. Con buen criterio, le *impuso además a la concesionaria la obligación de abonar las cantidades indemnizatorias fijadas*, bajo el apercibimiento de que, en caso de incumplir, *se procedería por parte del Ayuntamiento*

los particulares con la Administración en la producción del daño es el presupuesto habilitante para el conocimiento de estas pretensiones por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y que su presencia en el proceso se explica en la medida en que está presente la Administración. Sin embargo ello no respalda necesariamente que cuando la Administración resulte excluida como responsable de la producción del daño por declararlo así el Tribunal, como aquí acontece, debamos entender que la habilitación desaparece y con ella la competencia para conocer de la pretensión ejercitada contra el particular causante del daño, obligando al perjudicado a acudir a la jurisdicción civil para que sea ésta, con su vis atractiva, la que la resuelva, pues esta solución obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos y sucesivos, uno inicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa y otro posterior, por los mismos hechos, fundamentos y pretensiones, ante la jurisdicción civil, lo que pugna con elementales principios de economía procesal, con un lamentable regreso al peregrinaje jurisdiccional cuya evitación ha motivado las sucesivas reformas realizadas y puede llegar a contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva al imponer a dicho particular, que es quien ha sufrido los daños, unas cargas procesales excesivas e injustificadas, cuando, como hemos visto en el anterior fundamento, la Jurisdicción contencioso-administrativa tiene la habilitación y las herramientas precisas para dar respuesta a su pretensión, razones todas ellas que nos llevan a rechazar esta solución y a considerar correcta la realizada por el Tribunal de instancia”.

³³⁹ STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2017 (ROJ 13085/2017), Ponente: Gustavo Ramón Lescure Ceñal.

³⁴⁰ Es de observar que esta decisión fue tomada por la corporación local a pesar de que, en la tramitación del procedimiento se dedujo el preceptivo Dictamen del entonces Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid de 3 de septiembre de 2014, núm. 256/2014, que solamente observó que la responsabilidad patrimonial le correspondía al Ayuntamiento, sin nada mencionar sobre la eventual responsabilidad del concesionario.

a su ejecución forzosa³⁴¹. Pues bien, una vez llegada a la vía contencioso-administrativa, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 9 de Madrid (órgano judicial *a quo*) matizó la resolución administrativa declarando la responsabilidad de la concesionaria, pero determinando que el pago indemnizatorio debía recaer en el Ayuntamiento, en aplicación de la doctrina conforme a la cual es este el que ha de soportar el pago de la indemnización y repetir, en todo caso, contra la empresa concesionaria³⁴².

Frente a esta situación reaccionó el TSJ de Madrid revocando la sentencia *a quo* y confirmando la resolución administrativa, porque la solución proporcionada por el juzgado de instancia carecía de sustento legal alguno, y estableciendo que la orden administrativa (y la posibilidad de una consiguiente ejecución forzosa) impuesta a la concesionaria no era nada más que el mantenimiento, por parte del Ayuntamiento, de una “posición de garante de la ejecución indemnizatoria por parte de la concesionaria en aras de la indemnidad de los beneficiarios”.

A. Los argumentos contrarios a que sea la Administración quien ejecute, contra terceros, la resolución de responsabilidad patrimonial

La última de las teorías en torno a la afectación de la resolución de responsabilidad patrimonial a terceros interesados que resultan declarados responsables, como he anticipado, tiene más detractores que defensores, incluso sin ser objeto de estudio (directo) en el derecho administrativo. Sin embargo, la doctrina poco se ha pronunciado sobre esta concreta posibilidad, más allá de considerar que la Administración deberá declarar la responsabilidad patrimonial *ex arts. 32 y siguientes* de la LRJSP, sea quien sea el sujeto concreto responsable. En la jurisprudencia menor, si bien el descarte mayoritariamente ha sido tácito (porque los tribunales se han posicionado –principalmente– sobre las otras dos teorías) en los últimos años han hecho acto de presencia varios pronunciamientos que rechazan de plano la posibilidad de que la Administración ejecute contra tercero. Es el caso de la Sala tercera del TSJ de Castilla y León, que se ha postulado como “la voz judicial” activamente discordante³⁴³.

³⁴¹ En este caso, la ejecución forzosa a la que se refería el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón era la relativa a la deducción de dichas cantidades (que debía pagarles a los reclamantes) a la empresa contratista, e incluso, en caso de que fuera necesario, mediante la iniciación del expediente de incautación de las garantías contractuales. De todos modos, el término de la expresión es muy relevante a efectos del encauzamiento en una determinada forma de actuar.

³⁴² Aunque se debe decir que el Juzgado aplicó dicha doctrina porque la resolución administrativa había obviado el hecho de remitir a los reclamantes a la vía civil, vía que consideró pertinente.

³⁴³ Entre muchas otras, las SSTSJ de Castilla y León de 13 de diciembre de 2013 (ROJ 5474/2013); de 29 de enero de 2016 (ROJ 448/2016); de 18 de septiembre de 2012 (ROJ 4356/2012), Ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz; o de 5 de abril de 2013 (ROJ 2084/2013), Ponente: Francisco Javier Zatarain Valdemoro. Además del TSJ de Castilla y León, se asumió dicha doctrina, entre otras, en la STSJ de La Rioja de 10 de marzo de 2016 (ROJ 146/2016), Ponente: Alejandro Valentín Sastre; o la STSJ de Andalucía de 26 de abril de 2016 (ROJ 3484/2016), Ponente: Beatriz Galindo Sancristán.

Debo especificar que la posición ideada por el TSJ de Castilla y León deriva, en gran parte, del seguimiento de la doctrina antes mencionada y recogida, entre otras, en la STS de 30 de marzo de 2009 (ROJ 1754/2009), Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco, conforme a la que, en caso de que la Administración considere responsable al contratista, debe reenviar al perjudicado a la vía civil. Ahora bien, ello no implica que, directamente entienda este TSJ que debe reenviarse al interesado a la vía civil, sino

Sus postulados son esencialmente dos. El primero, es relativo a la *inexistencia de norma que habilite a la Administración* para reconocer el derecho indemnizatorio a un particular a cargo de otro particular (ya sea persona física o jurídica). Es más, apunta que el entonces art. 1.3 del RPRP –ahora art. 32.9 de la LRJSP– se refiere expresamente a que, en los supuestos de reclamación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos solo se puede “determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas”, siendo esta previsión incompatible con la determinación, asimismo, de la responsabilidad del contratista. Y el segundo responde a la idea de que una Administración que considere responsable exclusivamente al contratista no puede así declarar la responsabilidad patrimonial de este porque –bajo esta concepción– “es contrario a la lógica jurídica”³⁴⁴.

B. La inconsistencia de dichos argumentos desde la defensa de la potestad administrativa de determinar la responsabilidad de terceros interesados y ejecutar “lo determinado”

Ya he anticipado mi nítido posicionamiento en torno al pleno encaje jurídico de la potestad administrativa de determinar y, en su caso, ejecutar, la responsabilidad a quienes tengan con ella una relación contractual (o asimilada) así como a quienes, siendo particulares, no tengan esta relación con ella, pero sí posean la condición de legitimados pasivos en el procedimiento de responsabilidad patrimonial³⁴⁵. Dicho de otro modo, a los sujetos privados o terceros condenables. Ahora bien, como cuestión previa a la defensa de este posicionamiento, debo realizar un inciso. No se debe confundir esta declaración *de responsabilidad patrimonial* (que guarda causa en el funcionamiento *de los servicios públicos*) con una figura afín, que es la declaración de responsabilidad civil conforme lo dispuesto en los arts. 1902 y siguientes del CC (entre particulares). Dicho de otro modo, en el momento en el que los terceros particulares no son *interesados necesarios* (legitimados pasivos), sino que simples concurrentes o copartícipes en la producción del daño, por tanto, sin vínculo jurídico alguno con la Administración, estos no podrán ser “condenados” en una resolución administrativa a pagar, al menos en parte, la indemnización al perjudicado³⁴⁶. Para que un tercero

que –al igual que dijere el TS–, se considerará que la responsabilidad le pertenece a la Administración (en la propia vía contencioso-administrativa) si esta no se ha encargado de llamar al procedimiento administrativo a aquel contratista que posteriormente, en la vía judicial, considera responsable. Véase, en este último sentido, la primera de las mencionadas sentencias.

³⁴⁴ Me interesa la transcripción del texto que defiende dicha idea, por ser un tanto curiosa: “(...) es contrario a la lógica jurídica que una Administración que no se considera responsable por entender que la responsabilidad corresponde al contratista o concesionario, pueda, sin embargo, valorar y decidir sobre la concurrencia o no del resto de los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial– que sería de otro– tales como el nexo causal, la antijuridicidad o, señaladamente la existencia misma y cuantía del daño”.

³⁴⁵ Véase, en este sentido, el capítulo relativo a los sujetos intervinientes en posición pasiva en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

³⁴⁶ También, en este sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 181 y 182. El autor señala que la Administración, en estos supuestos, puede tener en consideración la coparticipación de los terceros para moderar la suya propia e incluso llamarles al procedimiento para testificar o aportar datos con la finalidad de esclarecer los hechos.

particular tenga legitimación pasiva en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, *strictu sensu*, ha de existir un vínculo jurídico que le ate con la Administración, donde esta ostente una posición de garante, o al menos, un mínimo deber de control o vigilancia sobre la actividad o conducta de aquel particular; y, además, que el daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Aunque lo haya repetido en multitud de ocasiones, esta última es la situación a partir de la que se defiende todo el siguiente posicionamiento.

Cerrando el inciso, y volviendo al tema central, he de subrayar que discrepo de todas las posiciones anteriores conforme a las que se considera que la Administración no puede ordenar el pago a particulares legitimados pasivos en el procedimiento y presuntos responsables de los daños y me posiciono en la línea de lo resuelto por el Consejo Consultivo de Canarias y del TSJ de Madrid, además de constituirse como una tesis que ya defendió, en su momento, una autorizada voz doctrinal. Es el caso de BELADIEZ ROJO³⁴⁷. La autora partía de un análisis muy simple pero esencial, ya que parece que, lamentablemente, en muchas ocasiones, los operadores jurídicos se alejan de aplicar las reglas más básicas de la técnica jurídica en un determinado marco de conocimiento a la hora de reforzar (o simplemente, justificar) sus argumentos³⁴⁸. Su parecer, enmarcado en el ámbito de la responsabilidad de los contratistas, es que la resolución administrativa declarativa de la responsabilidad patrimonial de este es un acto administrativo “y como tal goza de ejecutividad” (art. 38 de la LPAC)³⁴⁹. Y, por tanto, ante un eventual incumplimiento de este tercero “la Administración podrá exigírselo ejerciendo sus potestades de ejecución forzosa”³⁵⁰. Esta postura es la que fue bautizada por PARADA VÁZQUEZ como el ejercicio de una *función arbitral* de la Administración entre particulares³⁵¹. Sin embargo, no estoy muy de acuerdo con que este papel sea la justificación idónea porque en este procedimiento la Administración no es un árbitro entre particulares, ni substituye a la función jurisdiccional, sino que es un órgano decisor sobre la responsabilidad de los servicios públicos, sea cual sea la resolución final³⁵².

³⁴⁷ Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, págs. 254 a 258.

³⁴⁸ Para estos casos (que no son pocos) existe una cita que considero esencial, y es la de Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Teoría jurídica de las cosas públicas”, *RAP*, núm. 186, 2011, pág. 10, en tanto en cuanto lamenta “la sorpresa de encontrar inadecuadas utilizaciones de conceptos jurídicos de tipo general”.

³⁴⁹ Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, pág. 255.

³⁵⁰ Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, págs. 255 256.

³⁵¹ Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, pág. 258.

³⁵² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, *op. cit.*, explican, contrariando a Ramón PARADA VÁZQUEZ, que la figura del arbitraje administrativo no es admisible hoy en día (porque vulneraría los arts. 24.1 y 117.3 CE). Pero defienden esta posición porque explican el arbitraje administrativo como un sistema de “arbitraje institucional e imperativo” que condiciona o limita el acceso a la jurisdicción. No es el caso de la propuesta que se hace en este marco. En el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial no estamos ante la aplicación de la autotutela administrativa al campo de las relaciones *inter privatos*, sino que –sin perjuicio de que pueda afectar a los sujetos privados– la autotutela administrativa se aplicaría porque precisamente una *actividad administrativa* (el funcionamiento de los servicios públicos, sean estos gestionados por sujetos privados o estando bajo la supervisión de la Administración) ha causado determinados daños por los que se ha de responder por la vía del art. 106.3 de la CE y su legislación derivada.

Pero es menester empezar por el principio. Huelga significar que, según como se verá con detenimiento durante la secuencia procedimental, se dan múltiples pasos. En un momento inicial, se determina quienes son los presuntos responsables, debiéndose llamar a aquellos terceros *interesados necesarios o legitimados pasivos*, que pueden tener esta condición por la existencia de un vínculo contractual con la Administración, u otro tipo de relación jurídica relevante (art. 4 LPAC)³⁵³. Se tramitará el procedimiento conforme a las normas recogidas en el Título IV de la LPAC, y finalmente se acabará (ordinariamente) decidiendo mediante una resolución administrativa (arts. 88 y 91 de la LPAC). En dicha resolución puede haberse determinado la responsabilidad, exclusiva o parcialmente, de un tercero interesado, que habrá participado en el procedimiento en virtud de su consideración de legitimado pasivo. Las reglas naturales del derecho administrativo me llevan a apuntar hacia la naturaleza de *acto administrativo ejecutable* de aquella resolución (art. 38 de la LPAC). Además, el art. 39.1 LPAC establece que *los actos “se presumirán válidos y producirán efectos”* desde que se dicten (principio general de efectividad del acto). Consecuentemente, producirán efectos sin ningún requisito complementario (*autotutela declarativa*)³⁵⁴. Y a la ejecutividad le sigue y refuerza la previsión de *ejecutoriedad* (art. 99 LPAC), potestad conforme a la cual la Administración puede ejecutar por sí misma, sin intervención judicial alguna, cuando el particular no lo hace o se opone (*autotutela ejecutiva*)³⁵⁵. Todo ello en el buen entender

³⁵³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo II, págs. 3290 y 3291. Además, véase el capítulo relativo a los sujetos legitimados de este trabajo.

³⁵⁴ Como destacan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, op. cit., pág. 538, todos los actos administrativos son ejecutorios, y ello implica que “obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad”.

³⁵⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, op. cit., pág. 540 a 542.

Para Fernando GARRIDO FALLA, “Eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de procedimiento”, *RAP*, núm. 26, mayo-agosto, 1958, págs. 212 a 215, el concepto “ejecutoriedad” constituye un término sinónimo de ejecución forzosa de los actos, y no se trata de una cualidad de algunos de ellos (los que imponen deberes). Por lo que, el autor proponía que se dejara de hablar de ejecutoriedad (como concepto diferenciado de la ejecutividad), porque además ninguna cabida tenía el término en el DRAE (y actualmente tampoco la tiene).

A mayor abundamiento, véase también el estudio realizado por Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 419 a 443.

Pero contrarios a esta concepción más generalizada en torno a la ejecutoriedad, es decir, que defienden que no todos los actos son directamente ejecutables forzosamente, se hallan Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo II, págs. 2359 a 2363. Sin embargo, esta postura es muy comprensible. Los autores se refieren, por lo general, a dos tipos de actos. De un lado, los que no conllevan una obligación para los interesados, sino más bien una carga. Me permito decir, que son dispositivos de estos (por ser beneficiarios), como, por ejemplo, “aceptar o no aceptar una propuesta o la designación” (de nombramiento de funcionario, o acto de selección de un contratista). Y, de otro lado, tampoco son ejecutables forzosamente, según los autores, aquellos actos personalísimos, que, tal y como establece la propia LPAC, se sustituirán por una indemnización en caso de incumplimiento de las obligaciones personalísimas impuestas, vía administrativa, a los interesados (art. 104.2 de la LPAC).

Ahora bien, aparte de estos supuestos, los autores manifiestan, parafraseando a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que están de acuerdo con la ejecución forzosa en la siguiente situación: “cuando tales actos impongan a los administrados (o a otras Administraciones sobre las que la Administración autora del acto ejerza supremacía, por pertenencia instrumental o por tutela) obligaciones, precisamente (de dar, de

de que existe la posibilidad de los interesados de impugnar dicha resolución y, en su caso, obtener la suspensión de la ejecución forzosa³⁵⁶.

Más allá de las diferencias terminológicas, lo que sí es característico de la ejecución administrativa (tanto en su vertiente declarativa como ejecutiva) es que se trata de una garantía que ha de estar *en línea directa de continuación del acto*, que no hace otra cosa que limitarse “a realizar el contenido del acto sin transformar dicho contenido y sin añadir ninguna obligación nueva”³⁵⁷. De no existir este nexo de continuación entre un proceso declaratorio y otro ejecutivo (en caso de que el interesado se negara a llevar a efecto el primero), la Administración “no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación, según el artículo 9.2 de la Constitución”³⁵⁸. Por tanto, es tan simple entender la ejecución en *línea directa de continuación del acto* como algo que “no implica nada más de lo que el acto ordena”, tal y como apunta BARCELONA LLOP, explicando la teoría de MAYER³⁵⁹.

hacer, de no hacer o de soportar) y siempre que el obligado rehúse el cumplimiento de dicha obligación”. Por tanto, incluso desde este punto de vista es nítida la posibilidad de ejecutar forzosamente vía administrativa las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, ya que no constituyen obligaciones de tipo dispositivo o personalísimas, sino de dar, de pagar una indemnización (por lo general).

Pues bien, más allá de las diferentes posturas, la *autotutela ejecutiva* en sentido amplio y general ha sido acogida por el TC en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto tiene por objeto imponer la “realización de una prestación o el cumplimiento de una obligación concreta”. Véase, en este sentido, con recordatorio de la doctrina del tribunal, la STC de 15 de diciembre de 2016, núm. 215/2016, Ponente: Pedro González-Trevijano Sánchez.

³⁵⁶ Una posibilidad la suspensión que, al menos para los contratistas, Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, op. cit., pág. 256, ve complicado que se pueda conseguir. Básicamente por la dificultad de acreditar cualquiera de las causas de suspensión que el actual art. 117.2 prevé, esto es: a) “[q]ue la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”; y b) “[q]ue la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 47.1 de esta ley”. En relación con la primera de las causas de suspensión, la autora destaca que el contratista ha de tener solvencia económica y en caso de que no la tuviera se podría echar mano de la garantía, que para eso está. Ahora bien, incluso de llegar a algunos extremos que ni así pudiera solucionarse el caso, a la vista está de que en los supuestos de insolvencia del tercero responsable es la Administración, en su calidad de garante y con la finalidad de dar cumplimiento al principio de indemnidad de la víctima, la que debe responder. Y con respecto a la segunda de las cuestiones, la autora manifiesta que la concurrencia o no de una causa de nulidad absoluta es una cuestión de fondo y que, además, está probada la escasa aplicación práctica de esta causa de suspensión.

³⁵⁷ Esta expresión, “en línea directa de continuación del acto”, según explican Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo II, págs. 2349 a 2351, fue recogida en la STS de 13 de julio de 1987 (ROJ 4989/1987), Ponente: Francisco Javier Delgado Barrio, y de conformidad con el parecer de los autores, seguramente el Ponente la habrá tomado de Otto MAYER (que la utilizaba en su manual de *Derecho administrativo alemán*), o del *Curso de derecho administrativo*, de los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Los autores destacan la brillantez de esta frase, con la que, no se quiere decir otra cosa que la ejecución es consecuencia natural de una decisión administrativa y así lo ha entendido el ordenamiento jurídico, sin la cual, opino, no tendría sentido alguno la potestad decisoria de la Administración.

Pues bien, lo cierto es que esta expresión fue recogida en algunas otras sentencias de la época, como por ejemplo, la STS de 29 de septiembre de 1989 (ROJ 4952/1989), Ponente: Jaime Barrio Iglesias.

³⁵⁸ Así lo recuerda Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 39, citando la jurisprudencia del TS.

³⁵⁹ Javier BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pág. 352.

Asimismo, parece que incluso la LRJCA ha asumido esta cuestión, no solo respecto a la dimensión unilateral de la ejecución forzosa del acto administrativo (es decir, la relación Administración-interesado único), en su art. 29.2, que especifica que en aquel momento en el que la Administración no ejecute sus actos firmes “podrán los afectados solicitar su ejecución”³⁶⁰. El término “afectados” parece incluso más amplio que el propio de interesados (*participantes en el procedimiento*), por lo que se trata de un argumento *a fortiori* a través del que, sin perjuicio de todo lo dicho, el ordenamiento jurídico-administrativo construye un entramado articular conforme al cual se garantiza la efectiva lógica continuadora de los actos³⁶¹. Ahora bien, debo señalar que este precepto me sirve como argumento de refuerzo, porque lo que es evidente es que el tercer interesado (necesario) en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, susceptible de una eventual condena al pago de una indemnización, no deja de ser un interesado en toda regla conforme el art. 4 de la LPAC (y posterior legitimado pasivo en un hipotético proceso contencioso-administrativo conforme el art. 21 de la LRJCA). Más que un “mero afectado”, estamos ante un *destinatario del acto*³⁶².

Desde este punto de vista, una resolución de responsabilidad patrimonial que, previa tramitación del procedimiento administrativo específico, haya *ordenado* el pago de una indemnización a un tercero interesado que ha participado en el procedimiento, desde el inicio, y como cualquier otro interesado, encaja a la perfección con dicha posibilidad, por cuanto a este no se le coaccionaría (ejecutoriamente) a una cosa distinta a aquella ordenada. Por otro lado, sin embargo, lo dicho implica que debe existir la orden concreta y exacta, detallada sobre la responsabilidad y el alcance de esta, además, claro está, de la obligatoria presencia del mismo en el procedimiento. Esta última cuestión se analizará a continuación.

A modo de conclusión, cualquier otra solución que no sea la posible ejecución forzosa en vía administrativa de la resolución, aún contra tercero (particular), resultaría

³⁶⁰ Ricardo DE VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes. Análisis del artículo 29.2 LJCA*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2015, pág. 70, explica que este precepto no distingue entre actos firmes en vía administrativa o en vía jurisdiccional, con lo que, se evita el malentendido de interpretar que puedan existir actos firmes en la vía administrativa pendientes de un proceso judicial. Y consiguientemente asocia firmeza y ejecutividad: de un lado, en favor del principio de seguridad jurídica, provocando la inatacabilidad del acto (salvo excepciones; *p. ej.*, recurso extraordinario de revisión); y de otro lado, se evita de este modo también dos reacciones diferenciadas contra el mismo acto: uno atacando su legalidad y otro pidiendo su ejecución.

³⁶¹ Javier BARCELONA LLOP, “La ejecución forzosa de los actos administrativo: régimen general. La prohibición de acciones posesorias”, en la obra colectiva dirigida por Eduardo GAMERO CASADO y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, págs. 2207 y ss., reconoce que pueda existir controversia cuando en la ejecución forzosa se salga de la esfera Administración-destinatario. Sin embargo, el autor apunta al actual art. 29.2 de la LRJCA en tanto que prevé la legitimación de los afectados para reaccionar frente a la inejecución de los actos firmes de la Administración, un término que, “cubre a todo aquellos que exhiban un interés en la ejecución forzosa de acto firme”.

³⁶² Además, a día de hoy, es pacífico el hecho de que un acto administrativo favorable para un interesado, suele resultar desfavorable para otro, “por la frecuencia con que se dan los llamados por la doctrina «procedimientos triangulares»”, tal y como sostiene Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, en el libro escrito con José Luis MEILÁN GIL, *Norma y acto administrativos*, *op.cit.*, pág. 247; y, tal y como vengo defendiendo a lo largo del presente trabajo.

incongruente con la propia naturaleza del procedimiento administrativo y la eficacia de los actos bajo cuyo seguimiento se han gestado³⁶³. No tendría sentido hablar, como lo hace la propia ley (art. 4 LPAC) o la jurisprudencia, de los interesados no promotores del procedimiento (pero necesarios) que “tengan derechos” o “intereses legítimos” y que “puedan resultar afectados por la resolución”, si precisamente, al mismo tiempo, negamos que esta resolución tenga un alcance ejecutivo (que por otro lado, está claro en el art. 39.1 LPAC), o, si se quiere, ejecutorio (que también está recogido en los arts. 98 y 99 de la LPAC)³⁶⁴.

C. La fuerza del acto ejecutable frente a tercero en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

Sirvámonos para ejemplificar la fortaleza de la presunción de validez (con todos sus efectos) de lo declarado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, del caso que ha tenido ocasión de conocer el TS en su sentencia de 20 de noviembre de 2018³⁶⁵. Si bien es cierto que inicialmente parte de una realidad fáctica diferenciada de la aquí defendida, el sentido resolutorio sí es aplicable a la misma. El alto tribunal conoce de un recurso que deriva de una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria en la que, además del Servicio Canario de Salud, se ve involucrado un centro sanitario privado que, bajo el régimen de concierto, presta servicios por cuenta del primero. La resolución del procedimiento en vía administrativa reconocía la responsabilidad patrimonial de la Administración en favor de los interesados, pero añadiendo que “sin perjuicio de la acción de repetición que proceda contra el Centro concertado”. El centro del conflicto radicaba en la posibilidad de que la firmeza de dicha resolución deviniera título suficiente para el ejercicio de *acción de repetición contra este tercero* o, tal y como alegaba el sujeto privado, era necesario acudir a un procedimiento específico.

El TS frenaba las intenciones del hospital situando el debate en el marco de la ejecución de un procedimiento en el que la entidad privada había tenido plena

³⁶³ La ejecución de sus actos deviene obligatoria para la Administración, según como apuntaba Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración...*, pág. 958: “el acto no confiere a la Administración poder de disposición sobre su contenido una vez que aquél, después de dictarse, queda incorporado a la realidad y cuenta con la fuerza vinculante u obligatoriedad que le comunica el propio ordenamiento jurídico, al que también la administración se halla subordinada”.

Y esta obligación permanece, según apunta Ricardo DE VICENTE DOMINGO, *La inactividad administrativa...*, *op. cit.*, pág. 118, incluso cuando la obligación en que consista el acto recaiga sobre un sujeto diferente de la propia Administración.

³⁶⁴ Este argumento tan banal, tan simple, pero que es necesario recordar, es el que utilizó, *ad exemplum*, la STSJ de Murcia de 30 de junio de 2017 (ROJ 1208/2017), Ponente: Indalecio Cassinello Gómez Pardo, en tanto que justificaba la legitimación de un tercer interesado (la aseguradora de la Administración) en el procedimiento administrativo y su posterior habilitación para impugnar la resolución administrativa, acogiendo las alegaciones de la recurrida, de la siguiente manera: “si la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial desestima la reclamación patrimonial, la Aseguradora de esa responsabilidad resulta favorecida porque evita el pago de la indemnización reclamada (...) [y] del mismo modo, si la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial estima la reclamación patrimonial, la Aseguradora de esa responsabilidad resulta perjudicada porque tiene que hacer frente al pago de la indemnización que se acuerde salvo que impugne el acto administrativo estimatorio”.

³⁶⁵ STS de 20 de noviembre de 2018 (ROJ 4019/2018), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

intervención y sin que se hubiera cuestionado tal decisión en aquel procedimiento. Aunque me genere ciertas dudas el hecho de que sea ejecutiva una decisión administrativa que no tiene por objeto la imputación directa de responsabilidad al tercero, sino simplemente la preservación de la posibilidad de ejercitar la *acción de regreso*, de este supuesto se deduce la dimensión que el tribunal está dando a la ejecución de los actos administrativos. Ahora bien, considero que lo más correcto a fin de evitar una posible indefensión al tercero sería que todo el procedimiento de responsabilidad originario se trazara sobre la posibilidad de repercutir la responsabilidad en el tercero y la resolución finalizadora del mismo, en su caso, imputara de forma clara, *sin expresiones que puedan malinterpretarse*, la responsabilidad a este³⁶⁶.

D. ¿La condena y su ejecución en vía administrativa incurriría en un exceso en la autotutela de la Administración?

La declaración de la responsabilidad del tercero en el acto administrativo de fin del procedimiento supondría la activación de la posibilidad de ejecutarlo forzosamente. Pero con esta actuación, que iría a cargo de la Administración, se estaría ejecutando la resolución contra un *particular* (el tercero) en favor de otro particular (el reclamante)³⁶⁷. El principal problema de esta cuestión sería si se considerara que, esta condena al particular para favorecer a otro incurre en un exceso en la autotutela administrativa. Dicho de otro modo y, tal y como se ha planteado también en el caso del procedimiento sancionador, el conflicto se plantearía en torno a la reserva de la jurisdicción del art. 117 CE³⁶⁸. Este precepto establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional (juzgar y ejecutar lo juzgado) corresponde exclusivamente a juzgados y tribunales.

³⁶⁶ En mi opinión, la utilización de la fórmula “sin perjuicio de la acción de repetición que proceda contra el Centro concertado”, por sí sola es una fórmula poco clara y que puede despistar al tercero, haciéndole llegar a la conclusión de que la Administración tramitará otro procedimiento en el que se podrá discutir el reparto de culpas entre él y la propia Administración, si fuere el caso.

Ahora bien, la STS analizada recuerda al centro privado que la resolución mencionada había dejado sentada la concurrencia de una deficiente asistencia sanitaria y que era imputable a la asistencia sanitaria. Simplemente que la Administración decidió ser ella misma la que indemnizara a las víctimas, dejando abierta la vía de la repetición contra el hospital.

³⁶⁷ Algo similar se prevé en el art. 28.2, *in fine*, de la LRJSP cuando remite al apremio sobre el patrimonio (del art. 101 LPAC) en aquellos supuestos de responsabilidad por daños derivados de infracciones administrativas, podría incluso regir en el supuesto de que el daño resarcible lo fuera respecto a otros particulares y no respecto a la Administración, aunque la doctrina no se muestra pacífica con el tema. A favor de que la Administración pueda acudir al apremio sobre el patrimonio incluso cuando el daño derivado de infracción administrativa susceptible de resarcimiento lo sea en beneficio de otros particulares se muestra Alejandro HUERGO LORA, “Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?, en el *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016, págs. 399 a 411. En contra, sin embargo, se posiciona Tomás CANO CAMPOS, “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, *RAP*, núm. 201, septiembre-diciembre, 2016, págs. 65 y 66.

³⁶⁸ Así lo apunta Tomás CANO CAMPOS, “El autismo del legislador...”, *loc. cit.*

La problemática planteada ha sido objeto de análisis en profundidad por parte de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS a la luz del procedimiento sancionador³⁶⁹, cuyas ideas pueden trasladarse al procedimiento de responsabilidad patrimonial. En primer lugar, el ejercicio de la autotutela administrativa en ningún caso proporciona a la Administración la facultad de dictar actos *irrevocables*, sino que siempre se someten al posterior control judicial (*provisionalidad* de los actos)³⁷⁰. Por tanto, no puede existir incompatibilidad entre la autotutela y la reserva de jurisdicción, porque esta última siempre puede fiscalizar la adecuada utilización de aquella.

Ahora bien, la segunda idea, derivada de esa provisionalidad de los actos, es que la autotutela sí conlleva una modulación de la reserva jurisdiccional, en tanto en cuanto la jurisdicción de los tribunales se ve temporalmente “suspendida o dilatada en beneficio de la Administración”³⁷¹. Pero no solo esto, sino que, además, esta concepción traslada al administrado la carga de acudir a la vía judicial para hacer efectiva la tutela jurisdiccional, lo cual también implica una restricción de la vertiente subjetiva, en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción por parte del administrado³⁷². No obstante, el hecho de que la autotutela implique una modulación de la reserva jurisdiccional, defiende el autor –con buen criterio– la constitucionalidad en sí misma por cuanto las competencias y potestades de la Administración se infieren de su orientación hacia el servicio de los intereses generales del art. 103.1 CE. Por tanto, no está reñida *la modulación* de la reserva jurisdiccional con el art. 117 CE mientras que su ejercicio esté centrado en tutelar los intereses generales³⁷³.

El núcleo irreductible que requiere que el ejercicio de la autotutela administrativa esté sometido al interés general se observa con facilidad en lo que se refiere a su utilización para ejecutar a terceros particulares en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Si el fundamento mismo de la responsabilidad patrimonial del tercero es, como ya he tenido la ocasión de apreciar, su vinculación con la prestación de servicios públicos –funcionamiento de los que producen el hecho dañoso– no es menos cierto que es esa misma conexión la que significa que el tercero, partícipe en el procedimiento, ha de verse afectado por el poder de autotutela administrativa. El cumplimiento del interés general se derivaría del propio art. 106.2 de la CE, que *constitucionaliza* el

³⁶⁹ Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas”, *RAP*, núm. 208, enero-abril, 2019, págs. 151 a 178.

³⁷⁰ Los actos administrativos generados a partir de la función de la autotutela administrativa son, en cierto modo, *provisionales*, por no escaparse en ningún momento de la tutela del Poder Judicial. Y aunque la regla general sea su inmediata producción de efectos, cabe la posibilidad de que sean suspendidos, tal y como he podido indicar anteriormente. Además, Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Reserva de jurisdicción...”, *op. cit.*, págs. 164 y 165, acaba destacando que la presunción de validez del art. 39 LPAC no es una *presunción iuris et de iure*, sino que se trata de una *presunción iuris tantum*, que no tiene fuerza de cosa juzgada. De este modo, acaba sentando que la falta de incompatibilidad entre autotutela administrativa y reserva de jurisdicción, ya que la primera no excluye (o excepciona) a la segunda.

Sobre esta idea de provisionalidad del ejercicio de la autotutela administrativa véase, asimismo, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 619.

³⁷¹ Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Reserva de jurisdicción...”, *op. cit.*, pág. 165 a 167.

³⁷² *Ídem*.

³⁷³ Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Reserva de jurisdicción...”, *op. cit.*, pág. 167.

derecho de los particulares a ser resarcidos por el (mal) funcionamiento de los servicios públicos. Es más, una vez un sujeto privado se embarca en la prestación de dichos servicios, entiendo que no puede oponer, *a posteriori*, su condición privada para zafarse de la potestad administrativa de autotutela. De lo contrario, si se entendiera que esta no se puede ejercer, estaríamos ante una verdadera distorsión jurídica: de un lado, se acepta que el sujeto privado sometido al régimen de responsabilidad patrimonial sea demandado en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 de la LOPJ); pero no se aceptaría la plena validez de lo actuado (en contra suya) en el procedimiento de responsabilidad antecesor.

2. LA POSICIÓN PROCEDIMENTAL DE LOS TERCEROS INTERESADOS: TAMBIÉN DEBEN DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

Si de lo antedicho se llega a la conclusión que la Administración, una vez declara la responsabilidad de un tercero, además ha de ordenarle a este el pago de la indemnización o la reparación *in natura* por los daños y perjuicios causados, es meridianamente claro que precisamente este tercero ha de ser un *interesado*, en el sentido estrictamente jurídico del término (art. 4 LPAC) y, consecuentemente, se ha de velar por la garantía específica de todo el elenco de derechos recogidos en los arts. 53 y siguientes de la LPAC (es decir, los del título IV de la ley).

De este modo, y siendo esta una cuestión pacífica tanto en la doctrina consultiva como en la jurisprudencia, de conformidad con el art. 82.5 de la LPAC se deberán seguir los siguientes pasos preceptivos de la tramitación del procedimiento con la finalidad de ofrecer todas las posibilidades procedimentales de defensa a este tercer interesado, verdadero legitimado pasivo. La idea defendida incluso va más allá de lo dispuesto en el art. 82.5, ya que opino que el legislador, aun previendo dicha posición pasiva del tercero y la repercusión de una hipotética resolución en el ámbito de sus intereses, se quedó a medias. El hecho de no llamar a estos sujetos al procedimiento hasta en el trámite de audiencia disminuye las posibilidades de defensa real de los mismos. Lo natural es que, como un interesado más, disponga de todas las posibilidades procedimentales. Esto es, que se siga el esquema mental que a continuación apunto³⁷⁴.

El tercero interesado presuntamente responsable debe ser llamado al procedimiento desde el inicio del mismo, dándosele traslado de la reclamación

³⁷⁴ Un esquema que muchos órganos consultivos defienden en la actualidad, como es el caso— que cito por ejemplarizante— del ya mencionado Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias de 24 de julio de 2018, núm. 338/2018, Ponente: de Haro Brito, que apuntaba lo siguiente: “[e]n suma, no solo se ha de llamar al contratista al procedimiento —dándosele audiencia, notificándole cuantas actuaciones se realicen, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios— sino que, en caso de que se demuestre que es el responsable de los daños por los que se reclama, la Administración ha de ordenar el resarcimiento de los daños”.

En el mismo sentido recuerda la necesidad de llamar al procedimiento a la entidad aseguradora de la Administración el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2019, núm. 61/2019, Ponente: Enrique Bleda Pérez-Pedrero. En concreto, igual que en el caso anterior, hace hincapié en que este tercero tenga la oportunidad de formular alegaciones al respecto o presentar pruebas en contrario, todo ello con la finalidad de no vulnerarle el derecho a la defensa.

formulada, así como cuanta documentación sea aportada con la misma³⁷⁵. Seguidamente, el órgano de instrucción deberá procurar garantizarle la participación en todos aquellos actos propios de la instrucción que sean necesarios para determinar, conocer y comprobar los hechos (art. 75 LPAC), es decir, que presenten todas las alegaciones y pruebas que consideren oportunas (art. 76 LPAC); propongan práctica de prueba (art. 77 LPAC), así como que se les conceda el generalmente preceptivo trámite de audiencia (art. 82 LPAC); sin perjuicio de todas aquellas actuaciones que les sitúen en pie de igualdad con los demás interesados (en especial, con los interesados reclamantes) y que pudieran surgir a lo largo del procedimiento (como *p. ej.*, los incidentes de medidas cautelares o de actuaciones complementarias de los arts. 55 y 87, respectivamente, de la LPAC).

Así, la carencia del tratamiento de interesado (en términos puramente procedimentales) del mismo provocaría la invalidez de una hipotética y futurible condena a este interesado, pura y simplemente, por generársele la indefensión proscrita por el art. 42.2 de la LPAC³⁷⁶. Ahora bien, dicho defecto formal invalidante en ningún caso podría perjudicar al interesado reclamante, ya que –por lo general– sería una falta de diligencia administrativa en la tramitación, lo cual solo puede generar un *efecto rebote de imputabilidad* en contra de la Administración, que en este caso *ostenta una posición de garante*, y a la que le hubiera correspondido llamar al tercero, sin perjuicio, aquí sí, de repetir luego contra este.

³⁷⁵ La antes citada STS de 20 de noviembre de 2018 (ROJ 4019/2018), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy, reforzaba el argumento de la fuerza ejecutiva de la resolución administrativa que declaraba la responsabilidad patrimonial de un sujeto privado, en el hecho de que este había tenido plena intervención en dicho procedimiento.

³⁷⁶ Tal y como sostiene Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 110, los actos administrativos no podrían llegar a adquirir firmeza frente a quienes, teniendo la categoría de interesado en el procedimiento, no fueran notificados o frente a quienes, debiendo ser llamados al procedimiento, no lo fueron. Ello simplemente es un mecanismo a través del cual se garantiza, en primer lugar, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE); y, en segundo lugar, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de estos terceros sujetos interesados.

Capítulo 2. La iniciación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Amén de la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial en la LPAC analizada en el Capítulo I de este trabajo, debo incurrir en reiteración para señalar que en todo momento el procedimiento de responsabilidad patrimonial va a venir inspirado por las normas generales del procedimiento administrativo común, con las especialidades que la ley del 2015 incorpora para diferenciarlo de este último. Es por ello por lo que las normas comunes de la fase de la iniciación del procedimiento se pueden aplicar a todo procedimiento, pero, naturalmente, me centraré en su aplicabilidad –práctica– en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

La regulación del entero bloque de la iniciación del procedimiento se focaliza entre los artículos 54 y 69 de la LPAC, dieciséis artículos que, de un lado, se quedan cortos para recoger una tramitación tan heterogénea como la propia actividad administrativa, con innumerables ámbitos de actuación; y de otro lado, reflejan la exageración del preámbulo de la LPAC en tanto en cuanto califican de “reforma integral” la aplicada a dicha ley³⁷⁷. En este sentido, el artículo 54 de la LPAC sigue apuntando la

³⁷⁷ Luis MARTÍN REBOLLO “Análisis de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, Aranzadi digital núm. 1/2015, pág. 4, en uno de los primeros tanteos doctrinales tras la aprobación de la LPAC, consideró que estas expresiones se utilizaron “con manifiesta exageración”, puesto que esta Ley no supone una reforma integral. De igual modo Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 4, junio, 2016, pág. 220. Pero estas primerizas reacciones quedaron atrás en vista de las más maduras, al cabo de un tiempo de la aprobación de las dos

doble forma de iniciación que se consagró en la ahora derogada LRJPAC y que en su momento fue objeto de grandes alabanzas por parte de la doctrina: la iniciación de oficio y la iniciación a solicitud del interesado³⁷⁸. La doble posibilidad, más allá de la natural reclamación del perjudicado, dota al sistema procedimental de responsabilidad patrimonial de una multitud de posibilidades abiertas que pueden adaptarse a las más variopintas circunstancias de cada caso. Ya que precisamente la responsabilidad patrimonial rige, por suerte o por desgracia, en cualquier ámbito de la actividad administrativa en el que interviene, directa o indirectamente, una Administración Pública. Ámbito que puede ser general o sectorial.

Como cuestiones previas a la iniciación en sentido estricto del procedimiento, la LPAC, en los artículos 55 a 57, en el marco de la Sección 1ª que lleva por título “Disposiciones generales”, regula tres reglas básicas de tramitación sobre las que, sin extenderme notoriamente en este apartado, sí cabe trazar un breve esbozo.

A. En el primer supuesto cabe hablar del trámite de *información y actuaciones previas* (art. 55 LPAC). Por lo general, y sin entrar en las especialidades del procedimiento de naturaleza sancionadora (art. 55.2 LPAC), el art. 55.1 dispone que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Estas actuaciones (por analogía de lo dispuesto para el procedimiento sancionador) serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia. O, en su defecto, por el propio órgano administrativo competente para iniciar o resolver. Puede tener sentido este trámite en el procedimiento de responsabilidad patrimonial para averiguar las circunstancias de unos hechos lesivos e identificar a los presuntos interesados, para analizar la pertinencia o no de iniciar de oficio un procedimiento cuando hay una multitud de presuntos responsables o bien simplemente cuando se duda de la naturaleza jurídica y/o el ámbito de actuación del presunto responsable (si *p. ej.* es un tercero en sentido estricto de la palabra), etc. De hecho, lo recomendable, radicado en el principio de buena Administración del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, es que esta opción (como también una eventual adopción de medidas provisionales) se utilice para mejorar y optimizar la gestión de los asuntos de responsabilidad patrimonial, sobre todo con la gran cantidad de incidencias que puede haber (sin perjuicio de utilizarse *a posteriori* por vía del art. 74 LPAC).

nuevas leyes, que Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo”, *RPAM*, núm. 34, junio, 2016, pág. 58, las calificó de “pura cosmética unida a una profunda levedad”.

³⁷⁸ En este sentido, en relación sobre todo con la inclusión de la posibilidad de iniciarse de oficio el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 445, calificaron la entonces novedad como “digna de aplauso”; o Andrés E. NAVARRO MUNUERA, “La regulación de la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 535, como “muy acertada”.

La bondadosa finalidad que pueden tener estas averiguaciones previas al inicio del procedimiento se puede ver deslucida si se utilizan de forma artificiosa y con la finalidad de enmascarar los actos de instrucción, cuestión ante la que ha salido al paso el propio TS en algunas ocasiones³⁷⁹. El hecho de que el plazo de estas averiguaciones previas no compute al plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento puede ser una verdadera tentación para el órgano instructor a la hora de introducir vía art. 55 LPAC verdaderos actos de instrucción.

B. El segundo de los supuestos es el trámite de *medidas provisionales* (art. 56 LPAC). De conformidad con el citado artículo, las medidas provisionales se podrán adoptar antes (en circunstancias extraordinarias³⁸⁰) o una vez iniciado el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, y de forma motivada en los supuestos en lo que se estimen oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad³⁸¹. Así, la lista de medidas cautelares posibles que se pueden adoptar en los términos previstos en la LEC son las recogidas en el artículo 56.3 de la LPAC³⁸². Aunque el procedimiento de responsabilidad patrimonial no casa, de entrada, con este trámite, porque aquí en teoría el daño ya está hecho (a diferencia del caso más conocido como es por ejemplo la responsabilidad patrimonial

³⁷⁹ Por todas, véase la STS de 13 de mayo de 2019 (ROJ 1475/2019), Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

³⁸⁰ De conformidad con el artículo 56.2 LPAC, se podrán adoptar en supuestos de “urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados”, siempre atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad. Lo recomendable es aquí utilizar el llamado *test de proporcionalidad* forjado por el Tribunal Constitucional y del que hablo en otra parte del presente trabajo. Pero este tipo de medidas *ex ante* deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, pudiendo ser objeto del recurso que, en su caso, proceda. Finalmente, estas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en el plazo antes indicado o el acuerdo de iniciación no se pronuncia de forma expresa sobre ellas.

³⁸¹ Debe señalarse la cercanía existente entre las medidas provisionales (administrativas) y las medidas cautelares (judiciales), porque obedecen a la misma finalidad: anticipación a una medida definitiva que previsiblemente se podrá adoptar *in fine* del procedimiento con la finalidad de asegurar aquel (cautela). Ahora bien, lo anterior queda al margen de los hipotéticos debates doctrinales sobre ello, cuestión para la que me remito al completo estudio realizado por José Antonio TARDÍO PATO, “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, Revista Jurídica de Navarra (RJN), núm. 38, 2004, págs. 113 a 130.

³⁸² El citado artículo prevé un listado *numerus apertus* que recoge las siguientes medidas: a) Suspensión temporal de actividades; b) Prestación de fianzas; c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable; d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos; e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición de cesación se pretenda; g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclaman; h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas; o i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución”.

derivada de la adopción de medidas provisionales³⁸³), sí podría tener cierto sentido en varios supuestos. Por ejemplo, en el caso de que el daño siga provocándose en el momento de reclamar (en el caso de daños continuados), a efectos de adoptar alguna medida consistente en interrumpirlo, paliarlo o, en su caso, evitar los daños conexos que pudieran sucederse. Otro escenario en el que podría tener sentido las medidas provisionales es en aquellos supuestos en los que la Administración tenga indicios razonables de posible insolvencia del presunto responsable (si éste es un tercero) y, en este caso, realizar (por ejemplo) un embargo preventivo de sus bienes o derechos para asegurar una posible condena a indemnizar [art. 56.3 d) LPAC]. Pero dada la naturaleza compleja de la responsabilidad patrimonial (como antes he indicado y no me canso de hacerlo) no se puede realizar con exhaustividad una enumeración de estas causas, sino solo poner de manifiesto que sí pueden adoptarse medidas provisionales en el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial con el fin de asegurar la efectiva resolución final. El hecho de que la regulación de la responsabilidad se integre en la del procedimiento administrativo común conlleva además que, en el ámbito de las medidas provisionales, estas puedan adoptarse sin necesidad de observar más normas que la del propio art. 56 LPAC, por lo que, en este sentido, el cambio legislativo ha venido a facilitar el manejo de esta figura³⁸⁴.

C. Como colofón a estas cuestiones previas, y a pesar de su escasa regulación, se encuentra una figura de relevante peso en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es la *acumulación de procedimientos* (art. 57 LPAC). En este sentido, nos señala la ley procedimental que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra el acuerdo de acumulación quepa recurso alguno. Por tanto, la propia ley, en base a esto último, otorga una naturaleza de acto de trámite no cualificado a la acumulación. Sobre la trascendencia de este trámite, me remito al epígrafe 3.B del Capítulo anterior de este trabajo, donde he analizado con mayor detalle su idiosincrasia a la luz de la acumulación en el proceso judicial.

³⁸³ Véase, en este sentido, y a modo de ejemplo, el trabajo de Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *REDA*, núm. 125, marzo, 2005, págs. 65 a 99.

³⁸⁴ Así se desprende del trabajo de Belén MARINA JALVO, “Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *RVAP*, núm. 109-I, septiembre-diciembre, 2017, págs. 163 a 188. Aunque la autora se centre en el procedimiento sancionador para realizar dichas manifestaciones, el criterio de la facilidad en la adopción de medidas cautelares es válido para sendos procedimientos con especialidades: se trate del sancionador o del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Enseña no exenta de polémica a lo largo de la historia jurídica del procedimiento y del proceso, la prescripción es una de las grandes bazas –o descalabros– a las que los operadores jurídicos deberán prestar especial atención. Y ello, por dos razones: por un lado, porque el plazo de prescripción es manifiestamente corto y se trata de un elemento eliminatorio del conocimiento sobre el fondo del asunto; y, por otro lado, su regulación, como podrá observarse a lo largo del presente epígrafe, se caracteriza por generar una enorme inseguridad jurídica a la hora de su aplicación³⁸⁵. La suma de estas dos notas hace que la prescripción sea un verdadero caballo de batalla en los procedimientos y procesos en materia de responsabilidad patrimonial. De este modo, dado que tanto el artículo 65 (referente a la iniciación de oficio) como el artículo 67 (referente a la incoación a solicitud del interesado) de la LPAC, apuntan hacia un mismo hecho –*no se podrá iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial si ha prescrito el derecho a reclamar*–, considero oportuno, como paso previo al análisis de cada una de las dos formas de incoar el procedimiento, entrar de pleno en el estudio de esta figura, dejando de lado el viejo debate sobre la naturaleza jurídica del plazo, debate ya superado³⁸⁶.

Es al segundo de los artículos acabados de citar al que se remite el primero de ellos a efectos de disponer la regulación de este aspecto, que es el encargado de recoger la modalidad general de la prescripción y tres modalidades especiales, lo que de entrada denota peso en la práctica jurídica y en el tratamiento doctrinal y jurisprudencial. Con carácter general establece el artículo 67 de la LPAC que el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año a partir de la producción del hecho o acto motivante de la indemnización o a partir del momento en el cual se manifieste su efecto lesivo³⁸⁷. Pero

³⁸⁵ Sobre este último aspecto, es claro Tomás CANO CAMPOS, “El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópicus de la *actio nata*”, *RAP*, núm. 210, septiembre-diciembre, 2019, págs. 177 a 180, en cuanto que destaca la obsolescencia de la regulación de esta figura, que, en opinión del autor, contiene “previsiones no claras, elude diversas cuestiones importantes y plantea numerosos interrogantes”. Este es un aspecto que se podrá ver con detalle a lo largo del presente epígrafe, ya que no son pocos los problemas que esta pobreza regulatoria genera.

³⁸⁶ Que el plazo es de prescripción, y no de caducidad, lo ha ido estableciendo tajantemente el Tribunal Supremo, tras la toma en consideración de la rotundidad y la literalidad de la ley, pero ello no siempre ha sido así. Véase a modo de ejemplo, José Luis MUGA MUÑOZ, “El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa”, *RAP*, núm. 152, mayo-agosto, 2000, págs. 167 a 179; o César GONZÁLEZ RAMOS, “El plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial. ¿Una vuelta a la caducidad? La Sentencia de la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, págs. 1357 a 1359.

³⁸⁷ Siguiendo la estela del artículo 1968.2º del Código Civil, precepto en el que tradicionalmente la prescripción en materia de responsabilidad patrimonial se ha inspirado, así como apunta Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pág. 619.

Pero debe tenerse en consideración que la estructural similitud entre las homólogas figuras pertenecientes a cada rama de conocimiento provoca una situación que, sin embargo, cabrá modular a partir de los elementos de base administrativos. Así lo indicaba Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo*

es precisamente gracias al principio *pro actione*, un principio de larga tradición en el instituto de la responsabilidad extracontractual administrativa, el que justifica la adopción legislativa de la protección forjada por nuestro Tribunal Supremo hacia la flexibilidad y expansividad en la interpretación y aplicación de la figura de la prescripción extintiva³⁸⁸. En otras palabras, la adaptación a las amplias contingencias circunstanciales típicas del ámbito de la responsabilidad civil como son las personas, el tiempo y el lugar, tal y como señala el artículo 1104 del Código Civil. Así, en primer lugar, el artículo 67.1 de la LPAC se preocupa de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción por los daños de carácter físico o psíquico, situándolo desde la curación o estabilización de los mismos. En segundo lugar, también fija el día inicial del cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar por anulación de actos o disposiciones de carácter general, que empieza a transcurrir a partir de la notificación de la resolución, administrativa o judicial definitiva. Y, en tercer lugar y último, siempre que se trate de responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o derivada de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, el cómputo del plazo comenzará en el momento de la publicación en el BOE o en el DOUE de la sentencia declarativa de tal situación.

1. EL ESQUEMA BÁSICO DE PARTIDA: UN AÑO DESDE LA MANIFESTACIÓN DEL EFECTO LESIVO

Como vengo apuntando, el artículo 67 de la LPAC establece que “[e]l derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”, con una semejanza, poco casual, a la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual *ex art.* 1902 del CC contenida en los artículos 1968.2º y 1969 del mismo texto legal, figura en la que se inspira. Estos últimos artículos sientan el plazo –también general– de un año para ejercer aquellas acciones de responsabilidad civil derivadas de culpa o negligencia desde el momento en que

para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 1998, págs. 19 a 26, básicamente por dos razones: porque se debe preservar el interés general; y en segundo lugar porque se trata de una cuestión de orden público. La primera de las ideas plasmadas por el autor responde a la necesidad de mantener un balance equilibrado entre los beneficios que pudieran ocasionarse por parte de la prescripción extintiva hacia la sociedad y la seguridad jurídica, conceptos que deben acompañarse con una cierta flexibilidad interpretativa y aplicativa de esta prescripción extintiva para –de otro lado– no reñir con la protección que debe proporcionársele al administrado perjudicado. Y la segunda de las ideas corresponde con el límite que la prescripción puede suponer en la propia función decisoria de la Administración.

³⁸⁸ Sobre este aspecto explica María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 387, que los Tribunales han hecho gala “de un modo de proceder ciertamente antiformalista”, en varios sentidos para aplicar la regla *pro actione* y no vetar en exceso el acceso a la jurisdicción. Y tal y como explico, es precisamente esta galantería antiformalista de nuestros Tribunales que, han forzado la adopción legal del nacimiento flexible del *dies a quo* del plazo de prescripción.

En el mismo sentido lo señala, en el ámbito civilista, a modo de ejemplo, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Prescripción”, en la obra editada por Pablo SALVADOR CORDERCH, *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños...*, *op. cit.*, págs. 296 y ss.

podieron ejercitarse³⁸⁹. Tanto la manifestación del efecto lesivo, de la LPAC, como el momento a partir del cual se puede ejercitar la acción, del CC, son una garantía que el legislador se ha decantado en favor del principio *pro actione*, típico del derecho de daños, en aras de una aplicación no rigurosa, “sino cautelosa y restrictiva” de la institución y atendiendo a las circunstancias del caso³⁹⁰. Esta interpretación flexibiliza en cierto modo el nacimiento de la acción, y, de esta forma, introduce un correcto criterio corrector con amparo en la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 de la CE. Ello es debido a que el perjudicado debe conocer todos los elementos fácticos y jurídicos idóneos para erigirse como plenamente apto para litigar, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)³⁹¹.

No considero que dicha visión de la prescripción, forjada en el derecho civil, esté alejada del ámbito administrativo, más bien al contrario. Ahora bien, tal y como teoriza GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, sí merece destacarse la idea de que la presencia de la Administración, y del derecho administrativo, puede conllevar modulaciones en el régimen general de la prescripción extintiva³⁹². Sostiene el autor, fundamentalmente, dos razones. La primera de ellas responde a que en estos casos debe prevalecer el interés general, ya que el objetivo de la prescripción es introducir certidumbre y seguridad jurídica, con especial intensificación en las relaciones de derecho público porque estas notas beneficiarán a la sociedad entera en detrimento de lo que puede suponer la expansividad de la prescripción extintiva³⁹³. Y la segunda de las razones

³⁸⁹ Un plazo demasiado corto para algunos sectores doctrinales, que no han dudado a salir al paso y pedir una ampliación del mismo en el supuesto de los daños, como, por ejemplo, Mariano IZQUIERDO TOLSADA, “Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual”, en la obra colectiva dirigida por Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Civitas-Thomson, Madrid, 2011, págs. 1668 y 1669, señalando que “[e]s llegada la hora de que este cruel plazo prescriptivo se amplíe (...)”.

³⁹⁰ Luis DIEZ PICAZO, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 205, decía –a raíz de la tradicional doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo– que “la prescripción de la acción para reclamar la indemnización que no tenga su origen en un contrato, no comienza a producirse desde el momento en que se produjo el hecho determinante del daño o la finalización de la conducta lesiva permanente o reiterada, sino desde que el perjudicado conoce la persona causante del daño y todas las circunstancias necesarias para poder demandar la indemnización”.

En el mismo sentido la STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2010 (ROJ 6688/2010), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios, que además de vincular el principio *pro actione* de la prescripción a la tutela judicial efectiva, realiza un recordatorio de la extensa doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil en relación con el carácter no rigorista de la interpretación de la figura de la prescripción.

³⁹¹ Esta es la firme doctrina de la Sala Primera del TS, que lo señala en numerosas resoluciones como por ejemplo las SSTS de 14 de diciembre de 2015 (ROJ 5628/2015), Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno; de 18 de diciembre de 2012 (ROJ 8864/2012), Ponente: Antonio Salas Carceller; o de 12 de diciembre de 2011 (ROJ 9335/2011), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios.

³⁹² Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, pág. 21.

³⁹³ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, págs. 21 a 25, matiza estas afirmaciones en sentido que su pretensión no es defender la interpretación y aplicación expansiva de la prescripción extintiva, pero sí que en el derecho administrativo considera a bien

pivota sobre la idea de que el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial es un aspecto de *orden público*, lo que se traduce en un límite a la aplicación a la Administración del instituto de la prescripción. Pero en cuanto a la primera de las ideas, y el posible límite de la aplicación restrictiva de la figura de la prescripción por ser la Administración uno de los actores titulares en esta materia, no considero que deba ser dicha interpretación una solución. Creo oportuno que la institución juegue un papel análogo al que juega en el derecho civil, la cuna de la institución, ya que el interés de todos no puede servir como una excusa para poner coto a la reparación de los daños y perjuicios a la víctima. Es más, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo ha adoptado fehacientemente el signo discursivo de la sala de lo civil del TS en sentido de considerar como núcleo inspirativo de la prescripción al principio *pro actione* y la interpretación restrictiva –que encuentra fundamento “no en razones de justicia intrínseca sino en una presunción de abandono del ejercicio del derecho de su titular”– tal y como vengo explicando³⁹⁴. Ahora bien, sí que será natural la modulación de la prescripción extintiva en el ámbito administrativo siempre y cuando entre en juego con instituciones jurídicas propias del orden y no se entienda su aplicación con la pura teoría jurídica civilista, aunque esta afirmación no creo que sea compatible con el hecho de que el interés general (u orden público) limite el interés individual de los eventuales perjudicados³⁹⁵. Esta cuestión se analizará intrínsecamente a lo largo del presente epígrafe.

2. LAS VICISITUDES EN EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR DAÑOS CORPORALES

corregir determinadas prácticas comúnmente aceptadas. El autor explica que puede entenderse flexiblemente este instituto, pero ello no implica que, por ejemplo, la Administración no pueda aplicar de oficio la prescripción extintiva.

³⁹⁴ Véase en este sentido las SSTs de 7 de junio de 2011 (ROJ 3488/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez; de 7 de diciembre de 2011 (ROJ 8109/2011), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; y de 20 de julio de 2015 (ROJ 3376/2015), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

De igual manera, y a título ejemplificativo, véase también la SAN de 1 de diciembre de 2009 (ROJ 5492/2009), Ponente: Francisco Díaz Fraile; la STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2016 (ROJ 11764/2016), Ponente: Manuel Taboas Bentanachs; la STSJ de Galicia de 24 de mayo de 2017 (ROJ 3653/2017), Ponente: Fernando Seoane Pesqueira; o la STSJ de Castilla y León de 13 de marzo de 2017 (ROJ 1043/2017), Ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz.

³⁹⁵ Una posible justificación de limitar la responsabilidad de la Administración mediante la figura de la prescripción extintiva utilizando el argumento de que –una interpretación más expansiva– nos beneficia a todos opino que va en contra de la propia esencia de la institución de la responsabilidad patrimonial. Y es que recordemos, como decía Fernando GARRIDO FALLA, “La constitucionalización de la responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 10 y 11, que “la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad administrativa ilícita o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello, lo cual se corresponde –como la otra cara de la misma moneda– con la ausencia de una obligación legal, por parte del dañado, de soportar el daño”.

Otra cosa es –dentro del terreno de los sistemas de responsabilidad– que se acote la responsabilidad administrativa, por vía de la reforma legal, y su transformación, de *lege ferenda*, en un sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial u otras grandes reformas del sistema que tan necesarias son, y que atinadamente transmite Oriol MIR PUIGPELAT en su obra *La responsabilidad patrimonial de la Administración...*, *op. cit.*

El primero de los casos especiales de la prescripción recogidos en el artículo 67.1 de la LAPAC es, como ya he adelantado, el caso de los daños corporales, es decir, aquellos que la propia ley define como daños de carácter físico o psíquico. Dicho plazo nacerá a partir de la curación o la determinación del alcance de las secuelas, un *dies a quo* que puede dilatarse en el tiempo siempre con el objetivo de salvaguardar la tutela judicial efectiva de los afectados en base a los principios y lógica legislativa –de gran arraigo jurisprudencial– antes señalados. En este caso, justificadamente, estaríamos contemplando un plazo de prescripción de inicio tardío, precisamente a partir de la curación o estabilización de las lesiones, con la finalidad práctica de tener un conocimiento cabal y global de las lesiones sufridas y, asimismo, dar cumplimiento a uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial –artículo 32.2 de la LRJSP–, la acreditación de una lesión, o, lo que es lo mismo, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. El terreno en el que más se ha tratado el inicio del plazo de prescripción por este tipo de daños, es –indudablemente– el de la responsabilidad patrimonial sanitaria, ámbito que será de especial inspiración.

A. Los daños continuados frente a los daños permanentes

La Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo que enjuiciar el trágico y mediático asunto en el que se enfrentaba la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) contra la farmacéutica Grünenthal Pharma S.A., a causa los efectos secundarios –malformaciones– que la talidomida (un medicamento que se utilizó entre los años 1957 y 1962 para combatir el insomnio³⁹⁶) produjo en los bebés de las mujeres que habían tomado la medicación durante el embarazo. Dicho proceso culminó en la Sentencia del Pleno de aquella Sala de 20 de octubre de 2015³⁹⁷. El punto de inflexión del proceso de reclamación de responsabilidad extracontractual por parte de la asociación de víctimas a la farmacéutica lo marcó la figura de la prescripción extintiva. Debe tenerse en cuenta que el tiempo que transcurrió desde la producción del daño fueron más de 50 años.

Con todo, la discusión se encuadraba entre si dichas malformaciones se consideraban como daño continuado (y, por tanto, no habría lugar a la prescripción extintiva porque no son conocidos la totalidad de los perjuicios provocados) o, de lo contrario, si se consideraban como daño permanente o duradero, que, en la larga tradición de la Sala Primera se define como aquél que se produce “en un momento determinado (...), pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de

³⁹⁶ Mónica NAVARRO-MICHEL, “Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015”, en la Revista de Bioética y Derecho (RBD), núm. 37, 2016, pág. 135 y ss. Explica la autora que, al poco tiempo de introducido el producto en el mercado, incrementó sobremanera los recién nacidos con focomelia y otras alteraciones genéticas graves, lo que, al cabo de poco tiempo se relacionó científicamente con la talidomida.

³⁹⁷ STS del Pleno de la Sala 1ª, de 20 de octubre de 2015 (ROJ 4149/2015), Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado”³⁹⁸. En este último caso, sí habría lugar a la prescripción porque el plazo comienza a correr a partir del momento en el que el agraviado *supo del daño* permanente, “es decir, desde que tuvo conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado”³⁹⁹. En el comentado caso considera el Alto Tribunal que el daño se supo desde el nacimiento y fue ese el momento en el que pudo quedar determinado, sin producirse evoluciones de la enfermedad en algún sentido jurídicamente relevante, dejando de lado los daños secundarios o tardíos, que no se acreditaron en el proceso.

Lo extraño de esta argumentación es que el TS descartó la *actio nata* desde el momento del reconocimiento administrativo de la incapacidad⁴⁰⁰, tal y como señala el único magistrado que formuló un voto particular en la citada sentencia, Francisco Javier Arroyo Fiestas, amparándose en jurisprudencia de la propia Sala Primera del TS para defender esta postura y sostener que mediante el reconocimiento administrativo de incapacidad era la primera vez en España que se relacionaba (administrativamente) la ingesta de talidomida y las malformaciones, y, por tanto, ese debía ser el momento en el que se considerase el día *a quo* del inicio del plazo de prescripción en el caso concreto⁴⁰¹. Pero, además, resulta al menos curioso el hecho de que la doctrina diferenciadora entre daños continuados y permanentes no resulta del todo clara, pudiéndose solapar temporal y parcialmente estos momentos⁴⁰², sin perjuicio de la extrema dificultad delimitadora en estos casos. Recordemos que en este caso comentado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia no consideró la prescripción por el hecho de deducir, de los informes de autos, que no había consolidación de los daños y secuelas en el momento del nacimiento⁴⁰³. Si fuera así, ¿la hubo *a posteriori*,

³⁹⁸ Así lo explicaban Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Antoni RUBÍ PUIG, Sonia RAMOS GONZÁLEZ y Antoni TERRA IBÁÑEZ, “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 de Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida”, *InDret*, Barcelona, 2014, págs. 10 y 11, incluso antes de que el caso llegase al Tribunal Supremo, que cambió de rumbo (respecto de la Primera Instancia) en la Audiencia Provincial de Madrid.

³⁹⁹ Además de la aquí comentada STS de la Sala 1ª de 20 de octubre de 2015, también en similar línea ha resuelto las STS de 28 de octubre de 2009 (ROJ 6326/2009), Ponente: Francisco Marín Castán.

⁴⁰⁰ En este caso, el reconocimiento administrativo de incapacidad se produjo con posterioridad al año 2010, debido a la entrada en vigor del Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período comprendido entre los años 1960 y 1965.

⁴⁰¹ El magistrado se refirió a la STS de la Sala 1ª de 11 de febrero de 2011 (ROJ 509/2011), Ponente: Francisco Marín Castán, en la que se ponía de manifiesto la necesidad de la decisión administrativa de incapacidad como constitutiva de una decisión oficial sobre los extremos de las lesiones sufridas por, en aquel caso, un trabajador. Pero en el mismo sentido se había pronunciado el TS en otras ocasiones, véanse, a modo de ejemplo, las sentencias siguientes: de 19 de septiembre de 2011 (ROJ 5838/2011), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios; de 9 de enero de 2013 (ROJ 205/2013), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios; o de 4 de febrero de 2015 (ROJ 467/2015), Ponente: Antonio Salas Carceller.

⁴⁰² Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Prescripción”, *op. cit.*, págs. 300 y 301.

⁴⁰³ Mónica NAVARRO-MICHEL, “Daños causados por la Talidomida...”, *op. cit.*, pág. 142.

pero antes de la declaración administrativa de incapacidad? Es aquí donde entra en juego la compleja división entre lo que es un daño continuado y uno permanente, y de la propia STS comentada en este epígrafe se puede deducir las dudas del Tribunal por el hecho de manifestar que “la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida”⁴⁰⁴. Aunque, de su argumentación en conjunto, se puede sonsacar la idea de que el TS consideró la consolidación desde el momento del nacimiento, en mi opinión, para evitarse mayores complicaciones argumentativas debido a la enorme dilatación del tiempo (más de 50 años), primando la seguridad jurídica y teniendo en cuenta que el *dies a quo* del artículo 1969 CC es *ius dispositivum*, y no un precepto imperativo⁴⁰⁵.

B. El dies a quo en las acciones de responsabilidad patrimonial por daños corporales

Centrándonos en la interpretación del plazo de prescripción del ámbito administrativista –sin dejar atrás los conceptos asimilados (y polémica) de la doctrina *ius privatista*⁴⁰⁶–, cabe estipular que la determinación y concreción del *dies a quo* en el

⁴⁰⁴ Como explica Pilar DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “La seguridad jurídica fundamento de la prescripción de la acción de responsabilidad civil y la inseguridad en la determinación del día inicial del cómputo: Daños por las malformaciones provocadas por un fármaco consumido durante la gestación como daños permanentes y consolidados. STS (Sala de lo Civil) de 23 de septiembre de 2015”, Revista CESCO de Derecho de Consumo (CESCO), núm. 16, 2016, pág. 165, tras la pronunciación del TS, la Asociación de Víctimas le solicitó que aclarara cuando el Tribunal entendía que prescribió la acción, si al año del nacimiento, al año de la mayoría de edad, etc.

⁴⁰⁵ Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 972 y 973, cita cierta jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ayuda a comprender esta decisión, pese al paso del tiempo desde las sentencias comentadas. Según las decisiones citadas el TS establecía que el cómputo de la prescripción por daños corporales se iniciaba con el alta médica por regla general. Sin embargo, de quedar secuelas residuales con posterior resolución administrativa declarativa de la incapacidad de forma definitiva, el día en que pudo ejercitarse la acción será el día de la notificación de esta, por tanto, el día inicial del cómputo del plazo. Pese a ello, señala el profesor Albadalejo –con cita expresa de varias sentencias del TS– que es el juez el encargado de interpretar el inicio del plazo prescriptivo “con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el artículo 1.969 no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*”.

Esta decisión del TS fue alabada desde la técnica jurídica por Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015”, en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (RAEAERCS), núm. 57, primer trimestre, 2016, págs. 57 a 66, a porque la consideraba “absolutamente correcta y ajustada a lo que ha venido siendo una jurisprudencia que, salvando la falta de uniformidad terminológica, era visiblemente lineal”. No por ello ha dejado de apuntar el autor que esa es la voluntad del legislador y, que, sin embargo, el Alto Tribunal mostró cuál es el objetivo de la responsabilidad civil: la asunción de la responsabilidad económica del daño por parte del autor material. Pero ello no excluye una hipotética solidaridad del Estado para con las víctimas de este tipo de tragedias.

⁴⁰⁶ Es importante realizar un estudio de conjunto de las llamadas prescripciones cortas para notar diferencias, poner puntos comunes, y, sobre todo, intentar (desde la perspectiva doctrinal) unificar criterios en aras de una mayor seguridad jurídica.

En la solución civilista, con independencia del caso de la Talidomida, en materia de daños corporales, rige las siguientes reglas del *dies a quo* de la prescripción: a) la regla general se constituye

marco de los daños corporales también son razón de la generación de numerosos debates. El plazo de prescripción nace, tal y como establece el artículo 67.1 de la LPAC, a partir de la curación de las lesiones o de la determinación del alcance de las secuelas. El último de los casos es el más problemático, situación también conocida como *estabilización lesional*, que podría definirse como el término de los efectos lesivos en la salud del reclamante, momento en el que el mismo conoce con carácter general el alcance de las secuelas corporales definitivas⁴⁰⁷.

a) *Desde la curación de las lesiones como regla general*

De entrada, parece simple el hecho de entender que el plazo de prescripción se inicia a partir de la curación de las lesiones como día liminar por excelencia en el que se conoce los efectos del quebranto, o, dicho de otro modo, “aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad”⁴⁰⁸. Aunque esta solución rige como regla general de todo inicio de plazo de prescripción por daños corporales, es de fácil comprensión en el supuesto de curación de lesiones. La jurisprudencia ha dejado meridianamente claro que el *informe de alta médica* es la herramienta jurídico-probatoria clave del inicio del cómputo prescriptivo, siempre y cuando los daños estructurales hayan quedado determinados, aunque a posteriori puedan producirse pequeñas variaciones típicas de la enfermedad o lesión corporal, que no cambiarán el sentido de lo ya evaluado⁴⁰⁹.

como el alta médica, que según la STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2012, tiene como finalidad fijar un hecho objetivo para el inicio del plazo de prescripción independientemente de la voluntad del perjudicado; b) pero dicha regla queda a un segundo plano cuando, por las circunstancias del caso, existe una declaración administrativa firme de incapacidad del perjudicado u otras modalidades de defunción posteriores al alta; c) y, por último, en el supuesto de daños continuados, la acción nace en el momento de determinación de que el daño es permanente, es decir, se materializa la estabilización lesional (ello se diferencia de los daños tardíos o diferidos, computándose el plazo a partir del momento de visibilidad objetiva de la aparición de los daños). Véase esta diferenciación con más detenimiento en el completo estudio de Miguel CASTELLANO RUÍZ, “Responsabilidad civil y prescripción: el *dies a quo*, en especial en las lesiones corporales”, *RAEAERCS*, núm. 56, cuarto trimestre, 2015, págs. 29 a 34.

⁴⁰⁷ Por ejemplo, las SSTs de 2 de abril de 2013 (ROJ 1478/2013), Ponente: Segundo Menéndez Pérez; de 9 de octubre de 2012 (ROJ 6568/2012), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; de 26 de junio de 2012 (ROJ 4648/2012), Ponente: Antonio Martí García; de 24 de abril de 2012 (ROJ 3291/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; o de 19 de octubre de 2010 (ROJ 5322/2012), Ponente: Antonio Martí García.

También lo señala así Tomás COBO OLVERA, “El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las administraciones”, 6ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pág. 124; o Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario”, en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la..., op. cit.*, pág. 1080.

⁴⁰⁸ Ver SSTs de 23 de julio de 1997, o de 11 de junio de 2012 (ROJ 3859/2012), Ponente: Antonio Martí García.

⁴⁰⁹ Así lo ha establecido la ya citada STS de 11 de junio de 2012 (ROJ 3859/2012), Ponente: Antonio MARTÍ GARCÍA. Este caso es curioso porque se habían producido dos informes de alta, con dos meses de diferencia (entre los cuales se produciría el *dies ad quem* de la prescripción). Sin embargo, resultó ser que el segundo era una reproducción del primero con mínimas variaciones no fundamentales del diagnóstico,

b) Desde la estabilización lesional o la determinación del alcance de las secuelas

Más problemático resulta el caso en el que no hay curación o, linealmente, cuando la salud queda quebrantada de forma irreversible. Sobre ello, y tal y como vengo repitiendo en los apartados anteriores, la jurisprudencia del TS tiene sentado que en cuanto al cómputo del plazo para este supuesto comenzará a correr cuando el afectado “conozca en su dimensión fáctica y jurídica el alcance de los perjuicios producidos”, y ello debe coincidir temporalmente con la convergencia de los dos elementos del concepto de lesión –el daño y la comprobación de su ilegitimidad– debidamente diagnosticada, a efectos de conocer definitivamente los efectos del quebranto⁴¹⁰.

En este terreno, cobra especial atención la diferenciación entre daños permanentes y continuados, de aparición natural en aquellas situaciones en que los daños pueden evolucionar, y, por tanto, no se caracterizan por ser estáticos, de manera que se dan sin solución de continuidad y durante todo el tiempo de duración de su causa. En este orden de cosas, ha venido especificando la Sala Tercera del TS que no se le debe exigir al reclamante que interponga la acción de responsabilidad mientras los perjuicios sigan mutando, porque entonces no se puede conocer aún el alcance total de los mismos. Por tanto, la diferencia es imprescindible, porque solo en el caso de los daños continuados se entenderá el desconocimiento del alcance de los mismos, y, consecuentemente, quedará paralizado el inicio del cómputo de la prescripción. La idea general es que los *daños permanentes* son “aquellos en que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo”, mientras que los *daños continuados* son “aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad”. A efectos prácticos, se señala en dicha jurisprudencia, que los primeros quedan perfectamente determinados y definitivamente evaluados o cuantificados, de

y, en consecuencia, el Tribunal consideró que el perjudicado ya conocía el alcance de sus lesiones a partir del primer informe, lo que provocó la apreciación de prescripción.

⁴¹⁰ Así lo ha declarado el TS en multitud de sentencias, véase, por ejemplo: STS de 10 de julio de 2012 (ROJ 4729/2012), Ponente: Antonio Martí García; STS de 8 de octubre de 2012 (ROJ 6357/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; STS de 7 de noviembre de 2011 (ROJ 7314/2011), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; o STS de 28 de febrero de 2007 (ROJ 2293/2007), Ponente: Agustín Puente Prieto. La primera de las citadas expresa, de forma especialmente didáctica, que “el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse siguiendo el principio de la ‘actio nata’, responde a la necesidad de no dar comienzo el plazo de prescripción cuando del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, que por ello no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, cual es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen, mas no resulta de aplicación cuando el daño producido resulta previsible en su determinación, y por tanto, cuantificable, pese a que permanezca el padecimiento por no haberse recuperado íntegramente la salud o quedar quebrantada de forma irreversible, momento en que se inicia el plazo para la reclamación, como aquí sucede a partir de aquella determinación del diagnóstico de la enfermedad”.

Lo mismo señala pacíficamente la doctrina más reconocida, como, por ejemplo, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pág. 628.

forma que, cualquier agravación del daño tendrá origen en un hecho nuevo. En este caso, el plazo de la prescripción se inicia en el momento en que resulten determinados mediante el informe médico correspondiente en el que se diagnostica la permanencia del daño. En cambio, un daño continuado puede producirse diariamente, generándose un agravamiento progresivo sin solución de continuidad como derivación de un hecho originario, de manera que no puede ser evaluado de forma definitiva. En este caso, la jurisprudencia ha establecido que la prescripción no empieza a correr hasta que no cesan todos los efectos lesivos⁴¹¹.

c) El agotamiento de los tratamientos paliativos o rehabilitadores y su relación con las resoluciones administrativas de incapacidad

Ahora bien, cabe hacer escala en la incidencia que puede tener la necesidad de someterse a procesos de rehabilitación tras una hipotética e inicial alta o con independencia de esta. Por ello, de entrada, se debe diferenciar entre alta hospitalaria y alta médica, pues la primera no implica necesariamente la segunda, puesto que puede ser que en el alta hospitalaria no se deduzca el alcance definitivo de la situación lesional del paciente, pudiéndose posponer la segunda en el tiempo hasta la curación (o estabilización lesional) definitiva⁴¹². Es ilustrativa la STS de 21 de octubre de 2014, que

⁴¹¹ Se puede observar esta doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal –entre muchas otras– en las SSTS de 10 de mayo de 2017 (ROJ 1824/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde; de 3 de octubre de 2016 (ROJ 4342/2016), Ponente: Rafael Toledano Cantero; de 6 de mayo de 2015 (ROJ 2135/2015), Ponente: Jesús Cudero Blas; de 24 de febrero de 2015 (ROJ 746/2015), Ponente: José Luis Requero Ibáñez; de 11 de noviembre de 2014 (ROJ 4604/2014), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy; de 17 de junio de 2017 (ROJ 2683/2014), Ponente: Ramon Trillo Torres; de 26 de febrero de 2013 (ROJ 885/2013), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; de 10 de julio de 2012 (ROJ 4729/2012), Ponente: Antonio Martí García; de 18 de abril de 2011 (ROJ 2754/2011), Ponente: Carlos Lesmes Serrano.

A efectos de ejemplificar mínimamente la perspectiva diferencial entre daños continuados y permanentes en las resoluciones judiciales, podría señalarse –de forma meramente orientativa– los siguientes supuestos que se basan especialmente en una justificación médica: surgen casos en la realidad sanitaria en los que ni existe una auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas por la propia naturaleza de la enfermedad. De un lado, se han considerado como daño continuado las enfermedades contagiosas como la Hepatitis C y el SIDA, enfermedad crónica que se pueden establecer posibles secuelas, pero que resultan indeterminadas, desconociéndose la incidencia de la enfermedad en el futuro de la víctima (aunque será de conformidad con el caso concreto). Véase, a modo de ejemplo, y por todas, la STS de 8 de noviembre de 2004 (ROJ 7192/2014), Ponente: Francisco González Navarro; y la STS de 29 de noviembre de 2002 (ROJ 7984/2002); Ponente: Agustín Puente Prieto.

De otro lado, por ejemplo, se ha considerado como daños permanentes (que no es necesariamente sinónimo de intratable) a la tetraparexia con parálisis cerebral invariable por recién nacidos, que se podría definir como el conjunto de manifestaciones clínicas derivadas de un trastorno permanente, invariable, causado por la lesión en el cerebro, lo que se suele describir como un cuadro de parálisis total según el caso (STS de 18 de enero de 2008, ROJ 94/2008; Ponente: José Manuel Sieira Míguez). A la misma consideración se ha llegado con la esquizofrenia paranoide (STS de 19 de septiembre de 2007, ROJ 6011/2007; Ponente: Margarita Robles Fernández), la amputación de la pierna (STS de 10 de marzo de 2005, ROJ 1510/2005; Ponente: Agustín Puente Prieto), o la meningitis aguda (STS de 1 de diciembre de 2008, ROJ 6501/2008; Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco).

⁴¹² Véase, por ejemplo, la STS de 19 de octubre de 2010 (ROJ 5322/2010), Ponente: Antonio Martí García. Esta sentencia cita otra anterior del mismo Tribunal, de 18 de julio de 2007 (ROJ 5231/2007), Ponente: Margarita Robles Fernández; en la que se trataba de un alta hospitalaria tras el primer período de rehabilitación propuesto para un paciente, sobre la que se discutía el plazo de prescripción. Aun así,

enjuició un caso donde existía un informe de alta de la Unidad de Cuidados Intensivos que no pudo considerarse como *alta definitiva*, sino que, por indicación del propio hospital, la paciente tuvo que someterse a un período de rehabilitación de tres meses, que concluyó con otro informe de alta mucho más preciso, completo y matizado, que estipulaba, además, dos lesiones complementarias de las que el primer informe había recogido⁴¹³. Ello provocó que se considerara como definitivo el segundo de ellos (sin que se apreciara, por tanto, prescripción), que, pese a ello –debo advertir– no es la tónica general de la solución jurisprudencial, pero sí una especie de excepción que ha de tenerse en cuenta, que, en todo caso, puede ofrecer cierta inseguridad jurídica a la hora de actuar si el bloque probatorio no es claro. Como sucede en la mayoría de las ocasiones, el tratamiento rehabilitador vendrá encaminado a mejorar las consecuencias de las secuelas, que normalmente estarán ya predeterminadas, momento –el de la predeterminación– en el que empieza a correr el cómputo del plazo de prescripción. Es criterio pacífico que el papel del eventual tratamiento de rehabilitación encaminado “a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva” de la lesión, enfermedad o secuela⁴¹⁴.

Asimismo, la propia doctrina jurisprudencial señala, además, que es irrelevante, a efectos de interrupción o postergación del plazo transcurrido de prescripción, la hipotética resolución de minusvalía o incapacidad administrativa, ya que esta constituye tan solo un reconocimiento administrativo de la situación lesional ya determinada previamente en el informe de alta médica. En palabras de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, dichas resoluciones “son decisiones administrativas llamadas a desplegar su eficacia en el ámbito laboral y de previsión social, presuponiendo siempre una previa verificación de las secuelas que quedaron definitivamente fijadas con anterioridad y que son la causa de esa declaración administrativa”⁴¹⁵. En consecuencia –a diferencia de la solución dada desde la jurisdicción social⁴¹⁶– es el informe de alta, en

decía la sentencia que esa alta no determinaba el alcance definitivo de las secuelas del perjudicado, sino que se le remitía al preceptivo seguimiento médico del paciente.

Pero esta regla queda excepcionada por lo que en el apartado siguiente se dirá de las situaciones de los daños estabilizados progresivos.

⁴¹³ STS de 21 de octubre de 2014 (ROJ 4189/2014), Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez.

⁴¹⁴ Véase por ejemplo las SSTS de 9 de febrero de 2016 (ROJ 376/2016), Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez; de 6 de mayo de 2015 (ROJ 2135/2015), Ponente: Jesús Cudero Blas; de 26 de febrero de 2013 (ROJ 885/2013), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; o, por último, la de 18 de julio de 2012 (ROJ 4966/2012), Ponente: Celsa Pico Lorenzo. En el mismo sentido las SSAN de 22 de marzo de 2017 (ROJ 1102/2017) o de 8 de marzo de 2017 (ROJ 869/2017), Ponente: José Luis Gil Ibáñez.

⁴¹⁵ Además de las decisiones judiciales citadas en la nota anterior, véase, por didáctica, también la STS de 27 de mayo de 2016 (ROJ 2545/2016); Ponente: Inés María Huerta Garicano. En el mismo sentido, a mayor abundamiento, las SSTS de 3 de octubre de 2016 (ROJ 4342/2016), Ponente: Rafael Toledano Cantero; de 28 de junio de 2011 (ROJ 4189/2011), Ponente: Antonio Martí García; o de 13 de marzo de 2012 (ROJ 2057/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí.

⁴¹⁶ Téngase en cuenta que la Sala Cuarta del TS, en referencia al plazo de prescripción de un año por responsabilidad del empresario por daños y perjuicios derivados de un accidente o enfermedad de trabajo, ha considerado que debe conocerse de forma previa, precisamente, si el daño a resarcir deriva

sede administrativa y contencioso-administrativa, que sirve de pistoletazo de salida para el plazo de prescripción, y no una hipotética declaración de incapacidad por el INSS o de discapacidad por parte del organismo público competente de la comunidad autónoma. A estos efectos, ni siquiera enervan el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial las decisiones judiciales dictadas en revisión de las antes citadas resoluciones administrativas⁴¹⁷.

Sin embargo, esta regla general, tal y como he señalado al comienzo del presente epígrafe, no es óbice para tener en consideración lo siguiente: si entre el informe médico previo a los tratamientos rehabilitadores y el informe posterior; o entre el informe médico y la resolución administrativa de incapacidad se perciben cambios o evoluciones significativas en las secuelas, se abre la puerta a que en ese caso el plazo de prescripción quede abierto, tal y como ha señalado la antes citada STS de 21 de octubre de 2014, entre otras resoluciones similares. Pero normalmente –como sucedió en la citada sentencia– se optará por una solución u otra en función de la naturaleza (médica) de la lesión, enfermedad o secuela y siempre quedando a salvo aquellas situaciones en las que el alta médica se emite tras el proceso de rehabilitación.

Por ejemplo, es habitual que para la determinación efectiva de los efectos y secuelas de una lesión traumatológica sea necesario un periodo previo de rehabilitación. Siguiendo con el ejemplo, la STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2017 conoció del caso

de una contingencia profesional. Será esa determinación de la contingencia profesional la que marcará la fecha de inicio de la prescripción, y los medios para determinarlo son las resoluciones administrativas de incapacidad o las judiciales revisoras. Así lo ha determinado, por todas, y con un especial recordatorio de la doctrina jurisprudencial de la Sala Social, la STS, Sala 4ª, de 15 de septiembre de 2016 (ROJ 4369/2016), Ponente: José Manuel López García de la Serrana, haciendo hincapié en que “el plazo no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Y cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo, pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos; y obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto a la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta. Y, en consecuencia, tal conocimiento –pleno y cabal– solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias de las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios”.

Pero es además curioso que la Sentencia citada enjuiciaba un caso relativo al inicio del plazo de prescripción cuando la enfermedad de trabajo ha concluido con la muerte del trabajador. En este caso, se trataba de la iniciación del plazo de prescripción que tenía su viuda y, el *dies a quo*, según esta sentencia, y en aplicación de la anterior doctrina, resultaba desde la resolución (en este caso judicial) firme por la que se declarase que la contingencia de la que derivaba la prestación de viudedad era profesional. Dicho de otro modo, el día inicial del cómputo del plazo era el de la firmeza de la resolución reconocedora de la pensión de viudedad derivada de la enfermedad profesional del causante.

⁴¹⁷ Doctrina jurisprudencial de la sala de lo contencioso-administrativo, la antes enumerada, que recientemente ha sido ratificada por la STS de 4 de abril de 2019 (ROJ 1137/2019), Ponente: Inés María Huerta Garicano.

de un reclamante que, tras dos intervenciones quirúrgicas de artroscopia del hombro derecho, se le prescribió un proceso de rehabilitación de varios meses, tras los que mejoró ostensiblemente la movilidad del hombro en comparación con la situación previa a la rehabilitación. Y es que, tal y como dice la propia resolución judicial del TSJ de Galicia con atinado criterio, “en estos casos, el seguimiento de la rehabilitación resulta necesaria para recuperar la movilidad de la articulación, por lo que es con la terminación del proceso cuando el recurrente tiene un conocimiento completo de la dimensión fáctica y jurídica del alcance de los prejuicios producidos”⁴¹⁸. Pero, aun así, es un tema tan complejo y necesariamente apegado a las circunstancias del caso y a la valoración individual, que se pueden producir multitud de supuestos de lo más variopinto, como por ejemplo el hecho de que, tras el necesario tratamiento rehabilitador, persista el dolor del paciente, y ello provoque serias dudas para la determinación del alcance de las lesiones, y, consecuentemente, del inicio del plazo de prescripción⁴¹⁹.

Ni esta persistencia, ni mucho menos una mejora de la calidad de vida de los afectados –tras los tratamientos rehabilitadores o paliativos– alterarán el concepto de la estabilización lesional, siempre que esta hubiera quedado (jurídicamente) constituida de forma categórica por un informe médico (alta) anterior⁴²⁰. Por tanto, los cambios –mejorías o empeoramientos– deben ser claros, manifiestos e indubitados para que tengan la fuerza de enervar el *dies a quo* natural, que es a partir del alta médica. Lo mismo sucede, siguiendo esta línea, con las operaciones posteriores a un determinado padecimiento que buscan reconstruir, por ejemplo, una extremidad previamente afectada y determinada, ya que, si las lesiones quedaron determinadas en un previo informe médico, fue entonces cuando se habilitó el plazo de prescripción para reclamar responsabilidad patrimonial⁴²¹.

⁴¹⁸ STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2017 (ROJ 475/2017), Ponente: Julio César Díaz Casales. En esta misma línea, véase también la STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2014 (ROJ 912/2014), Ponente: María Antonia Lallana Dupla; o la STSJ de 27 de marzo de 2015 (ROJ 800/2015), Ponente: José María Pérez-Crespo Paya.

Así lo señala también la doctrina médica, véase, por ejemplo, Remedios LÓPEZ-LIRIA y otros, “La rehabilitación y fisioterapia domiciliaria en las prótesis de rodilla”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra (ASSN)*, vol. 35, núm. 1, enero-abril, 2012, al exponer que “[l]a rehabilitación adecuada es un requisito para el éxito de la prótesis, devolviendo el rango articular restringido tras la intervención y la funcionalidad para las actividades de la vida diaria”.

⁴¹⁹ Así lo sostuvo la STSJ de las Islas Canarias de 21 de noviembre de 2016 (ROJ 2852/2016), Ponente: César José García Otero; en la que señalaba que “[l]a sola presencia de dolor, tras la finalización del tratamiento rehabilitador, es dato de suficiente entidad para entender que no existía una plena determinación del alcance de las lesiones, y se mantenía una incertidumbre, incluso, sobre la bondad en cuanto a sus resultados de ese tratamiento rehabilitador”.

⁴²⁰ En este sentido la STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2016 (ROJ 7899/2016), Ponente: Benigno López González; o la STSJ de Castilla y León de 23 de mayo de 2016 (ROJ 3163/2016), Ponente: María Antonia Lallana Dupla.

⁴²¹ En este sentido véase la STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 2016 (ROJ 120/2016), Ponente: Casiano Rojas Pozo. Se trata de un caso que narra unas lesiones sufridas desde el nacimiento, que ya quedaron determinadas en aquél momento, pero que, a posteriori, en el marco de la actividad

d) Una reflexión final acerca de la prescripción de los daños corporales y el concepto de alta médica

Del estudio de los párrafos anteriores se puede constatar sin mayor cavilación que, debido a que la naturaleza sanitaria puede ser extremadamente heterogénea en las diversas lesiones corporales, sus secuelas, efectos y demás circunstancias, en el ámbito de estos daños nos hallamos, de conformidad con el plazo de prescripción de un año y su interpretación jurisprudencial, ante un plazo de prescripción fugaz y susceptible de comprometer la seguridad jurídica que, sin embargo, debería revestir a una institución tan relevante y con el objeto de garantizar la indemnidad de la víctima.

Una vez se determina si se trata de unos daños permanentes o continuados, el debate se traslada al momento de determinación de aquel daño, es decir, la necesidad de averiguar cuándo se diagnosticó global y definitivamente una enfermedad, una lesión, o cualquier otra afectación corporal. Ya he apuntado que, normalmente, la jurisprudencia suele entender que aquel momento se produce a partir del alta médica, pero tal y como se ha podido comprender del párrafo anterior, en el mundo de la medicina pueden existir factores mucho más complejos de determinar a causa de la naturaleza de la merma producida⁴²². También se ha observado que la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a lo dicho en el apartado introductorio de este tema, suele aplicar el instituto de la prescripción extintiva no de una manera restrictiva, sino más bien expansiva.

Es el momento de rescatar un Voto Particular formulado por el entonces magistrado de la Sala Tercera del TS, Francisco González Navarro, que hizo todo un manifiesto de la errónea interpretación judicial que se realizaba de los asuntos médicos que son ciertamente punzantes, sobre todo en relación con aquellos daños corporales que ni siquiera los Tribunales médicos (seguramente, por una cuestión del estado de la ciencia) están seguros de su estabilización y evolución⁴²³. Pero también se debe tener en cuenta que, en muchas ocasiones, por parte del personal sanitario se realizan informes provisionales (algo así como informes de trámite), a la espera de nuevas pruebas, y tomando como principio de su actuación, el de precaución (lo cual es loable).

médico-rehabilitadora y con la finalidad de mejorar la funcionalidad del hombro se produjeron varias operaciones reconstructivas del mismo que en ningún momento afectaban a la secuela que ya padecía (parálisis plexo braquial) y se sabía desde el nacimiento, es decir, desde que tuvieron conocimiento del primer informe médico tras la estabilización lesional.

⁴²² Cita algunos casos más de esta situación José Luis MUGA MUÑOZ, “Cuestiones diversas sobre el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en la obra colectiva dirigida por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ y Eloísa CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico básico...*, *op. cit.*, págs. 903 y 903.

⁴²³ Me refiero a la STS de 10 de marzo de 2005 (ROJ 1510/2005), Ponente: Agustín Puente Prieto, en la que Francisco González Navarro formuló un nítido y razonable voto particular en relación con la interpretación jurídica estricta de lo médicamente dudoso, discrepancia a la que se unió la magistrada Margarita Robles Fernández.

Pues bien, si durante este proceso de investigación médica (que puede durar años) sobre el estado de salud del paciente se detectan nuevas patologías no análogas a las que se habían detectado previamente, pero sí derivadas de una misma causa (una enfermedad o un accidente, por ejemplo) – y según la doctrina antes descrita – no habría ningún problema en cuanto al plazo de prescripción, porque este se iniciaría desde el momento de determinación de la globalidad del daño, es decir, desde el último dictamen médico (STS de 21 de octubre de 2014). Sin embargo, otro derrotero seguiría el caso si, tras ese período de investigación médica (mediante pruebas, rehabilitaciones, operaciones quirúrgicas, etc.), el paciente –a criterio del juzgador– no mostrara grandes diferencias con lo que ya se había determinado en un inicial informe anterior (STS de 10 de marzo de 2005). En este caso, y llegado el momento del enjuiciamiento, se diría al perjudicado –sin mayores miramientos en cuanto a su posible voluntad de esperar a ver el momento final de su evolución sanitaria– que su patología ya había quedado determinada (y estabilizada) en un inicial informe médico y, por tanto, el plazo de prescripción empezó a correr desde entonces, siendo extemporánea la acción planteada tras ese período “preventivo”.

A estos efectos venía precisamente a distinguir con gran atino el magistrado Francisco González Navarro en su Voto Particular, entre el *diagnóstico sindrómico* y el *diagnóstico nosológico*. El primero es aquel diagnóstico que también se le denomina sintomático, y como tal, provisional, que alberga e identifica los síntomas (de naturaleza subjetiva que se puede observar solo por la persona enferma, así como por ejemplo las náuseas, las digestiones lentas, las alucinaciones, etc.) y los signos (que se manifiestan objetivamente y pueden ser observados por terceras personas, generalmente por los médicos, así como por ejemplo la coloración de la piel, palidez, etc.)⁴²⁴. Pero si bien esta etapa constituye un paso primordial en la lucha contra el mal, no será hasta el momento en que se emita un diagnóstico nosológico que se estará en condiciones de combatir con garantías la enfermedad o afectación, es decir, momento en el que se podrá conocer cuál es la naturaleza exacta del desequilibrio en la salud⁴²⁵. El magistrado acaba su

⁴²⁴ Esta diferenciación que pone de manifiesto Francisco González Navarro en el Voto Particular formulado es típica de la semiología médica, pero normalmente se pierde en la práctica y los síntomas suelen convertirse en signos (como por ejemplo el vómito, la disnea o el vértigo). Véase Julio HOYOS, “La supremacía del signo en el discurso de la medicina”, *Affectio Societatis*, Vol. 2, núm. 3, enero 1999.

⁴²⁵ El Voto Particular emitido por el ilustre jurista apuntaba a las razonables dudas del Tribunal médico evaluador en cuanto al diagnóstico realizado a una paciente que fue alcanzada por una explosión de una bomba en una zona que habría sido objeto de maniobras militares: “[n]o nos ilustra el Tribunal Médico sobre cuáles son los síntomas en sentido amplio que ha tenido en cuenta para llegar a la conclusión a la que ha llegado: que la reclamante padece un síndrome posflebítico. Esto quiere decir que el Tribunal médico no puede establecer cuál sea la causa exacta del mismo aunque aventura la hipótesis de que sea debido a la intervención de menisco que sufrió la reclamante en 1998. Ciertamente es posible tratar los síntomas mediante lo que se llama tratamiento sintomático, y cierto es también que algunas veces es posible tratar un trastorno sindrómico aplicando un tratamiento de esta u otra clase. Pero con ello el Tribunal médico está moviéndose todavía un poco –o un mucho– a ciegas, porque sin conocer cuál es, en realidad la verdad, la enfermedad causante de esos síntomas, de esos signos y de ese síndrome, es imposible atacarla de un modo eficaz y definitivo. Porque un síndrome dado puede estar causado por

razonamiento con una frase que bien debería ser tenida en cuenta a la hora de interpretar de forma restrictiva el inicio del *dies a quo* de la prescripción: “[s]i los profesionales médicos que examinaron a la enferma, se limitaron a emitir un diagnóstico de mera probabilidad –y seguramente actuaron con prudencia al obrar así–, no puede entenderse que quienes, presumiblemente carecemos de conocimientos sobre la ciencia médica, nos atrevamos a emitir un diagnóstico definitivo”.

Esta cuestión debe analizarse a partir de la noción del informe de alta y su finalidad. En este sentido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación pública (LRAPDOID), en su artículo 3 define el informe de alta médica como “el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas”. Pero en base a ello no es vana la afirmación realizada en el Voto Particular comentado en tanto en cuanto de la legislación reguladora del informe de alta médica se puede apreciar que en muchos casos el informe de alta médica, si bien una de sus finalidades es realizar un diagnóstico principal según el artículo 3.4 g) de la Orden Ministerial de 6 de septiembre de 1984 por el que se regula la obligatoriedad del informe de alta (OMIA), el mismo texto reglamentario permite que se realicen los llamados informes de alta médicos provisionales, que tendrán el mismo contenido que el definitivo, pero a falta de que este se emita en su día. Incluso la doctrina científica sanitaria apunta a la habitualidad en la pendencia de pruebas u otras valoraciones a la emisión de un primer informe de alta médico⁴²⁶ (que, en consecuencia, será provisional, aunque el mismo informe no lo indique así), y, por tanto, podríamos estar ante un diagnóstico sindrómico.

El panorama se complica aún más a causa de la propia deficiencia de la regulación legislativa del informe de alta, ya que el propio artículo 15.2 LRAPDOID parece limitar la obligatoriedad de este únicamente a los procesos de hospitalización o a las situaciones

enfermedades diferentes. O, dicho con otras palabras: un proceso patológico puede presentarse en idéntica forma clínica, por afectar a las mismas estructuras o mecanismos fisiológicos, y ser debido, sin embargo, a causas diferentes. Sólo si se consigue averiguar la verdadera causa de la enfermedad podemos estar en condiciones de combatirla en realidad de verdad”.

⁴²⁶ Antonio ZAPATERO GAVIRIA, “¿Por qué es importante el informe médico de alta?”, Revista Clínica Española (RCE), núm. 210 (7), 2010, pág. 356. El autor señala que “[a]demás, en el momento del alta, hasta un 40% de los pacientes tiene alguna prueba realizada pendiente de resultado. De ellos, en un 10% el resultado definitivo va a requerir alguna modificación del plan diagnóstico y/o terapéutico. Tanto los pacientes como el propio médico de familia, en un porcentaje muy elevado, desconocen los resultados de estas pruebas pendientes y sus consecuencias”.

Pero además, es habitual que en la doctrina investigadora médica, se pongan de manifiesto las limitaciones de los informes médicos después de estudios sobre control de calidad, limitaciones entre las que se encuentran, por ejemplo, la carencia de diagnósticos explícitos, como por ejemplo se ponía de manifiesto en el estudio realizado por Fernando FUERTES GUIRÓ y Amalia RODRIGUEZ FRANCO, “Mejora de la calidad en el informe de alta médica en una unidad de cirugía mayor ambulatoria”, Archivos de Medicina (AM), Vol. 10, núm. 1:7, 2014, pág. 16.

que así se dispongan⁴²⁷. Lo cual es fuertemente criticado por sectores de la doctrina médico-legal, ya que se produce una disyuntiva entre dicha regulación y la realidad sanitaria, y por ello, dicha doctrina suele hablar indistintamente de informe médico de alta o de informe médico de alta hospitalaria, lo cual, en el ámbito de la prescripción extintiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya hemos visto que el TS pide diferenciar entre ambos conceptos, aunque sin dar mayores explicaciones al respecto⁴²⁸. Aquí se produce el principal problema que ya desveló en su momento, mediante un Voto Particular, Francisco González Navarro; ¿a qué se refiere el TS con el informe de alta médica?; ¿no sería más prudente establecer otro parámetro para determinar el *dies a quo*?, ya que hemos observado la inseguridad jurídica que se puede producir, no solo por las deficiencias legales –que también–, sino por los propios criterios médicos y el estado de la ciencia sanitaria⁴²⁹. O, al menos, sentar una doctrina clara en torno a cómo se deben interpretar las varias posibilidades que ofrece el llamado “informe de alta médica”, todo ello, en base a la jurisprudencia a la que me he referido en el primer apartado del presente epígrafe de gran inspiración civilista: la aplicación restrictiva de la prescripción.

3. EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR ANULACIÓN DE ACTOS O DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

A. Idea general de la prescripción por anulación de actos o disposiciones generales

El segundo de los supuestos especiales de la prescripción previstos en el artículo 67.1, párrafo segundo, de la LPAC, es el relativo a los casos en los que proceda reconocer derecho a la indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, y, señala el propio párrafo segundo del citado artículo que, en este caso, el derecho a reclamar prescribirá al año

⁴²⁷ Así lo señalan José María PRIETO DE PAULA y Silvia FRANCO HIDALGO, “Reflexiones sobre el «conjunto mínimo de datos» de los informes clínicos”, *RCE*, núm. 212 (2), 2012, pág. 99.

⁴²⁸ Cabe precisar, sin embargo, que el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud, en su artículo 3.1 enumera los documentos clínicos posibles, entre los que se encuentra el informe clínico de alta (no diferencia entre este y el hospitalario), y otros varios informes, que todos ellos podrían dar lugar a una determinación lesional: informe clínico de consulta externa; informe clínico de urgencias; informe clínico de atención primaria; informe de resultados de pruebas de laboratorio; informe de resultados de pruebas de imagen; informe de cuidados de enfermería; historia clínica resumida.

Ahora bien, lo anterior debe estar comprendido en la Historia Clínica del paciente, que “es aquel documento central del expediente administrativo a partir del cual surtirán las demás periciales y resto de informes”, de conformidad con lo indicado por Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Bosch, Madrid, 2017, pág. 279.

⁴²⁹ En sentido similar, véase también Tomás CANO CAMPOS, “El comienzo del plazo para reclamar los daños...”, *op. cit.*, pág. 190, en cuanto señala que a pesar de la objetividad que presenta la toma de referencia del alta médica como parámetro de seguridad jurídica, “la rigidez de esta postura es criticable porque, como ha descartado más afinadamente la Sala 1ª del TS, no siempre que se da el alta médica están consolidadas las lesiones...”.

de haberse notificado la resolución administrativa o sentencia definitiva⁴³⁰. Se sigue la estela, pues, del antiguo artículo 142.4 de la LRJPAC, aunque la nueva regulación –a raíz de la adopción legal del que venía siendo criterio del TS– clarifica el hecho de que el día inicial del plazo de prescripción se iniciará al año “de haberse notificado la resolución administrativa o sentencia definitiva”. Dicha configuración se diferencia de lo que establecía la LRJPAC, en tanto que preveía la prescripción al año de haberse dictado sentencia definitiva y, entonces, debía entenderse en relación con el art. 4.2 del RPRP, que concretaba aún más esta cuestión en tanto en cuanto establecía que se contará el plazo “desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiere devenido firme”. En consecuencia, se puede decir que, con la nueva regulación en la mano, seguiremos hablando de firmeza de la decisión administrativa o sentencia judicial que anula el acto por el que se solicita la indemnización; ya que el término “definitiva”, que utiliza el art. 67.1, párrafo segundo, de la LPAC, debe interpretarse en sentido de la firmeza de las resoluciones de anulabilidad o nulidad, tal y como ya concretaba el derogado RPRP⁴³¹.

Por tanto, en estas situaciones, no se viene interpretando que el plazo de prescripción comienza a contar desde el momento en que la actuación administrativa anulada produjo sus efectos lesivos, sino cuando se constate –a través de una resolución administrativa o judicial firme– la disconformidad a derecho de aquella decisión, ya que este es el momento en que se conoce con certeza si el acto o disposición es anulado definitivamente⁴³². Huelga apuntar, en este sentido, que la nueva redacción de este tipo específico de prescripción amplía las resoluciones a partir de las que se correrá el plazo también a las resoluciones administrativas, y no solo a las judiciales (sentencias), como hacía hasta ahora la regulación de la LRJPAC y el RPRP, aunque ya era aceptada esta posibilidad⁴³³. Ello tiene sentido en tanto en cuanto la anulación del acto o disposición puede quedarse en la vía administrativa, mediante la estimación de los posibles recursos

⁴³⁰ En relación con el ámbito del derecho material del asunto véase la obra de Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, *op cit.*

⁴³¹ Un ámbito paradigmático de discusiones a nivel jurisprudencial sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción por anulación de actos administrativos es el ámbito urbanístico, en el que tradicionalmente se ha discutido si el plazo para reclamar responsabilidad patrimonial comenzaba a partir de la firmeza de la resolución administrativa o judicial confirmatoria de anulación del acto o disposición impugnados o a partir de la demolición del inmueble. La jurisprudencia, de forma reiterada, se ha encargado de recordar que la solución es la primera de las señaladas. En este sentido, véase la STS de 10 de julio de 2018 (ROJ 2774/2018), Ponente: Rafael Fernández Valverde, que, realizando un recordatorio de la doctrina de la Sala, manifestó que “como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado”.

⁴³² En este sentido véase la STS de 28 de septiembre de 2015 (ROJ 4049/2015), Ponente: José María del Riego Valledor; o la STS de 18 de abril de 2000 (ROJ 3332/2000), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios.

También en este sentido Tomás COBO OLVERA, *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 132, en cuanto señala que “[a]unque la ley habla de sentencia definitiva, se debe entender que la sentencia de anulación hubiera devenido firme”.

⁴³³ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, pág. 112.

de reposición o alzada de la Administración una vez que el acto recurrido se ha ejecutado de conformidad al principio de validez de los actos administrativos, que implica que los mismos son ejecutables desde el momento en que son dictados (artículo 98 de la LPAC), y la propia Administración, en base a la autotutela, decide ejecutarlo antes de esperar la revisión administrativa del mismo (por los medios que establecen los artículos 99 y siguientes de la LPAC).

Ahora bien, el criterio seguido por nuestro TS es que la firmeza de una sentencia (y, análogamente aplicable a la resolución administrativa) “se produce por el mero transcurso del plazo para recurrir sin haber interpuesto el pertinente recurso”, y, por tanto, no dependerá de una posterior declaración de firmeza por parte del Letrado de la Administración de Justicia, porque “no puede quedar al albur de los responsables de la gestión procesal la declaración de firmeza de una sentencia cuando tal situación deriva de la propia naturaleza de la misma”⁴³⁴. Debe tenerse en cuenta, además, que la firmeza se produce en los términos del artículo 207 de la LEC (por el transcurso del plazo legal oportuno sin que ninguna de las partes haya presentado el recurso pertinente), en consecuencia, dicha firmeza viene declarada por la ley, y la providencia o diligencia posterior que la confirma solamente se alza como la constatación de un hecho. Por tanto, cuando se produzca (naturalmente) la firmeza tendremos ya el *dies a quo* del plazo de prescripción por anulación de actos o disposiciones ilegales.

B. Excepción a la regla general: el supuesto de la ejecución de resoluciones en reclamaciones hechas por terceros

La antecedente regla general, que consiste en situar el inicio del plazo de prescripción en el momento de la firmeza de la resolución administrativa o judicial que anula una decisión administrativa anterior, productora de daños y perjuicios, se desplaza, o podría llegar a desplazarse, en algunos supuestos en los que la casuística exige de un análisis mucho más ponderado a efectos de dibujar los lindes del plazo de prescripción. La indicada consideración provocaría el traslado del *dies a quo* del plazo

⁴³⁴ Así lo dictó la STS de 21 de octubre de 2009 (ROJ 6636/2009), Ponente: Celsa Pico Lorenzo, finiquitando un período dubitativo del Alto Tribunal en relación con esta interpretación, y con amparo en la STEDH de 25 de enero de 2000, caso Miragall Escolano y otros contra España, en la que se estipuló que “[e]l derecho de acción o de recurso debe ejercitarse a partir del momento en el que los interesados pueden efectivamente conocer las sentencias judiciales que les imponen una carga o podrían vulnerar sus derechos o intereses legítimos. Si no fuera así, los Tribunales podrán, retrasando la notificación de sus sentencias, acortar sustancialmente los plazos de recurso, incluso hacer imposible cualquier recurso. La notificación, en cuanto acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sirve para dar a conocer la decisión del Tribunal así como los fundamentos que la motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrir”.

En el mismo sentido se han postulado también, a modo de ejemplo, las SSTS de 19 de marzo de 2010 (ROJ 1443/2010), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; o de 25 de febrero de 2013 (ROJ 813/2013), Ponente: José María del Riego Valledor. Véase, además, la STSJ de Valencia de 12 de noviembre de 2013 (ROJ 5608/2013), Ponente: Rafael Salvador Manzana Laguarda; o la SAN de 6 de junio de 2016 (ROJ 2361/2016), Ponente: Ana Isabel Gómez García.

Explica esta encrucijada también Patricia BOIX MAÑÓ, “Responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos administrativos”, *REFC*, núm. 18, julio-diciembre, 2012, págs. 36 y 37.

de prescripción al momento en el que se ejecuta aquella decisión firme. Al respecto, resulta pertinente profundir en la cuestión a partir de dos supuestos concretos: a) la anulación de licencias de actividad; y b) la anulación de licencias urbanísticas.

Respecto del primer ámbito apuntado, me permito destacar la STS de 3 de octubre de 2006. En esta resolución se enjuiciaba un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo (una licencia de actividad) formulada por un tercero ajeno –en principio– a la relación entre la Administración (el Ayuntamiento de Logroño) y la empresa autorizada para llevar a cabo una actividad (un establecimiento dedicado a la actividad de bar y restaurante)⁴³⁵. El aspecto controvertido consistía en que el Ayuntamiento había otorgado una licencia de apertura de establecimiento de bar-pizzería que estuvo funcionando durante nueve años, licencia que, sin embargo, acabó siendo anulada finalmente, anulación confirmada por el Tribunal Supremo. Las naturales consecuencias del funcionamiento de dicho establecimiento tuvieron un impacto directo en la competencia, traduciéndose en pérdidas de volumen de ingresos al reclamante de responsabilidad patrimonial (un tercero del gremio). Aunque este fuera ajeno a la relación autorizado-Administración, decidió solicitar la indemnización del Ayuntamiento por permitir durante muchos años una actividad que le era competencia y, en consecuencia, le privaba de clientela, sin contar con la preceptiva licencia administrativa.

Entendió en este caso el TS que el *dies a quo* debía ser el día en que se concretaron definitivamente los posibles efectos lesivos que para el reclamante produjo aquella apertura del establecimiento que le era competencia. Y ese día, no podía ser otro que el de la fecha en que el citado establecimiento dejara de serle competencia, es decir, desde que se produjo la clausura de la actividad de bar-restaurante. Dicho de otro modo, el día inicial del cómputo del plazo se reformuló para dar cabida a la realidad de las circunstancias del caso, es decir, aquél en que se ejecuta la sentencia de anulación, por ser el día en que cesa la producción de los daños reclamables y, en consecuencia, el día en que el perjudicado puede realizar un balance completo de sus pérdidas⁴³⁶.

Los términos descritos visibilizan con sencillez la *continuidad de los daños* hasta el momento efectivo del cierre del establecimiento, al no ser posible determinar el alcance de estos hasta la aplicación estricta del fallo por el que se anula la licencia. Por el contrario, el ámbito en el que ha habido una mutación destacable de esta solución es en el segundo de los supuestos apuntados: la anulación de licencias urbanísticas. Podría

⁴³⁵ STS de 3 de octubre de 2006 (ROJ 5580/2006), Ponente: Margarita Robles Fernández.

⁴³⁶ En sentido similar, la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2017 (ROJ 326/2017), Ponente: Rafael Villafañez Gallego; STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2014 (ROJ 1915/2014), Ponente: María Abelleira Rodríguez; o la STSJ de Galicia de 8 de abril de 2009 (ROJ 2664/2009).

También se apunta en este sentido por parte de Carlos ROMERO REY, “Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2011; o Patricia BOIX MAÑÓ, “Responsabilidad patrimonial derivada de la...”, *op. cit.*, pág. 38.

parecer, a simple vista, que el remedio propuesto para el caso de anulación de licencias de actividad podría ser equiparable también a este asunto. Nada más lejos de la realidad. La jurisprudencia más moderna del TS no parece emprender este camino. En los últimos años, el tribunal, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema en diversas ocasiones, más concretamente, en las SSTS de 24 de abril de 2018, de 10 de julio de 2018 y de 17 de octubre de 2019⁴³⁷; resoluciones cuyas líneas maestras trataré de esbozar a continuación, estableciendo una separación del contenido de las dos primeras y de la última.

El punto de conflicto se halla en dilucidar si, ante una construcción amparada en una licencia urbanística que luego se declara nula por vulnerar la legalidad, el inicio del cómputo del plazo para reclamar responsabilidad patrimonial comienza en el momento de la firmeza de la declaración judicial de nulidad de la licencia o en el momento de la ejecución efectiva de dicha declaración judicial (la orden de derribo de la construcción o su derribo). Nuevamente, si se toma como referencia literalidad de lo dispuesto en el art. 67.1, párrafo segundo, de la LPAC, la respuesta operará nítidamente en el primero de los terrenos apuntados. Y, esta parece ser la postura del TS en las dos primeras resoluciones citadas anteriormente, apuntando que, como norma general, “debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado”⁴³⁸. Los motivos estructurales que justifican dicho desenlace, según el tribunal, se pueden ordenar en dos ideas interconectadas. El inicio del cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento en el que el interesado tiene conocimiento de la sentencia anulatoria del acto, por ser en ese instante que se produce el conocimiento del efecto lesivo de la actuación administrativa. En efecto, la sentencia anulatoria *es una declaración ejecutiva* y, como tal, produce el pleno conocimiento de las consecuencias lesivas que puede tener el reclamante de responsabilidad patrimonial.

Estas afirmaciones deben contrapesarse con las circunstancias y naturaleza de los daños reclamados en atención a las situaciones fácticas de las sentencias citadas. Por aleccionador, merece especial atención el supuesto de la STS de 24 de abril de 2018. La empresa *Fortí de la Reina* reclamaba responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de la licencia de obras que sirvió para reconstruir el fortín donde instaló su negocio de restauración. Los conceptos por los que reclamaba fueron los siguientes:

⁴³⁷ SSTS de 24 de abril de 2018 (ROJ 1508/2018), Ponente: Francisco José Navarro Sanchís; de 10 de julio de 2018 (ROJ 2774/2018), Ponente: Rafael Fernández Valverde; y de 17 de octubre de 2019 (ROJ 3318/2019), Ponente César Tolosa Tribiño.

⁴³⁸ STS de 10 de julio de 2018 (ROJ 2774/2018), Ponente: Rafael Fernández Valverde. Esta resolución se apoya en otra reiterada jurisprudencia contenida en la también citada STS de de 24 de abril de 2018 (ROJ 1508/2018), Ponente: Francisco José Navarro Sanchís, o entre otras de carácter general y, por tanto, fuera del ámbito de las licencias urbanísticas, la STS de 19 de marzo de 2010 (ROJ 1443/2010), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

gastos efectuados para la construcción e instalación del negocio; el lucro cesante; gastos de despido de los trabajadores; gastos de desmontaje; el precio del arrendamiento de un local para guardar los muebles; y el precio de las minutas de los profesionales participantes en las diferentes fases de este proceso. Ha de tenerse en consideración que entre la sentencia anulatoria de la licencia y su cumplimiento efectivo (la demolición) transcurrieron “algo más de doce años”, tiempo durante el cual el negocio continuó funcionando con normalidad. Dicho lapso temporal responde al hecho de que, como es habitual en estos asuntos, la Administración (el Ayuntamiento de Tarragona) intentó cambiar la calificación del suelo sobre el que se asentaban las obras a efectos de solicitar la declaración de inejecutabilidad de la sentencia (*ex art. 105 de la LJCA*), hecho que desembocó en fracaso al rechazarse el incidente de inejecutabilidad mediante sentencia del TSJ de Cataluña. Ante estas circunstancias, cabe poner especial atención en el desenlace jurídico del caso. El TS acaba apuntando que lo jurídicamente correcto es considerar que *la firmeza de la sentencia por la que se rechaza el incidente de inejecutabilidad de la sentencia de anulación de la licencia urbanística originaria* determina el inicio del plazo de prescripción para reclamar responsabilidad patrimonial⁴³⁹. En realidad, con esta afirmación, el TS corregía su propia doctrina relativa a que el plazo de prescripción comienza con la firmeza de la resolución que anula la licencia de obras originaria, ya que –a mi parecer, aplicando “involuntariamente” una extensión del plazo de prescripción– señala que el hecho determinante para el comienzo del cómputo es *la resolución por la que se deniega la inejecutabilidad de la sentencia de anulación* por modificación del planeamiento. A pesar de ello, la tardanza de la empresa interesada en reclamar la responsabilidad patrimonial hizo inevitable la extemporaneidad de la acción, porque formuló la reclamación años después del momento en el que el TS fijó el *dies a quo*. En parte, la razón de la tardía reacción se justificaba con la apertura de dos expedientes de regulación de empleo que llevaría a la empresa a incurrir en gastos extraordinarios como consecuencia de la anulación de su licencia (y como tal, indemnizables). Sin perjuicio de que, por las circunstancias del asunto, la empresa hubiera incurrido en extemporaneidad incluso de haberse acogido dicho argumento, debo apuntar que el mismo no era baladí.

Resulta preocupante que, de no haber sido por las circunstancias del caso, dicha alegación hubiera perecido. Y lo hubiera hecho de forma similar a como sucedió en la STS de 10 de julio de 2018 o, más recientemente, en la STS de 17 de octubre de 2019. Me interesa detenerme también en esta última resolución. A modo de cuestión previa, antes de entrar en la parte que pretendo destacar, cabe apuntar que esta resolución confirma de forma expresa lo que con la STS de 24 de abril de 2018 fue más bien un *desplazamiento velado del inicio del plazo de prescripción*: la posibilidad de que se cuente el plazo de prescripción a partir de la firmeza de la resolución judicial que rechaza

⁴³⁹ A efectos de un mayor entendimiento, es preciso realizar una lectura conjunta de los Fundamentos de Derecho sexto y séptimo de la STS de 24 de abril de 2018.

la inexecución de la resolución originaria que anula la licencia urbanística⁴⁴⁰. Hasta este punto no cabe reproche alguno a la solución proporcionada por el TS⁴⁴¹. No obstante, preocupa una apreciación previa realizada consistente en descartar la naturaleza de los daños reclamados como continuados. En efecto, la Comunidad de Propietarios reclamante solicitaba responsabilidad patrimonial por la disminución del valor los inmuebles de su edificio a causa de la pérdida de vistas hacia el mar provocada por la construcción de una biblioteca cuya licencia acabó anulándose. Y esos daños fueron calificados por el TS, en contra del criterio del Consejo Consultivo canario, como *daños permanentes*, basándose en que los daños serían cuantificables (“estabilizados”) a partir del momento en el que se colocaba delante del edificio el obstáculo que impedía la visión. Incluso llegó a realizar una analogía entre este supuesto y un caso de ceguera por mala praxis médica: “la ceguera es un daño permanente por mucho que cada día esa persona se levante y no vea (...) [l]a secuela estaría determinada desde el mismo momento en el que pierda la visión y se pueda cuantificar”⁴⁴².

⁴⁴⁰ Y lo hace diciendo expresamente lo siguiente: “[a] juicio de esta Sala el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad patrimonial derivada de la declaración de nulidad de una licencia que conlleva la demolición de lo ilegalmente construido, debe situarse en el momento en que se dicta resolución judicial firme y ejecutiva que ordena la demolición de lo construido, pues, desde ese momento, queda concretado el daño, aún cuando la efectiva demolición se produzca con posterioridad. Dicha resolución judicial puede ser la sentencia firme que declara la nulidad de la licencia, pero también resulta posible que dicha resolución se dicte en el trámite de ejecución de la misma, como ocurre en el presente caso, en que por parte de la Sala de instancia se acordó la inexecución de la sentencia al amparo del art. 105.2 de la Ley de la jurisdicción; esto es, se consideró que el nuevo planeamiento legalizaba la construcción de la biblioteca, decisión que impedía su demolición, hasta que dicha resolución fue dejada sin efecto por sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2010, momento en el que, conforme a la doctrina que hemos dejado expuesta, se produce la resolución definitiva en el incidente de ejecución que ordena, con carácter firme, la demolición de lo ilícitamente construido, por lo que siendo ese el “*dies a quo*”, la reclamación formulada se encuentra fuera de plazo”.

⁴⁴¹ Y considero que la corrección del criterio por el que se ensancha el plazo de prescripción a través del desplazamiento del inicio de su cómputo es acertada porque matiza de forma expresa pronunciamientos del propio TS que habían declarado que la regla general del *dies a quo* se situaba en la fecha de la firmeza la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados (p. ej., la ya citada STS de 10 de julio de 2018). El elemento de riesgo de declarar este hecho como *regla general* implica no tener en consideración la realidad de las anulaciones de las licencias urbanísticas. Este supuesto ha sido estudiado por Antonio EZQUERRA HUERVA, “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que pueda causar perjuicios a terceros de buena fe”, *REDA*, núm. 195, 2018, págs. 67 a 100. Lo que es innegable, señala el autor, es que en la práctica judicial contencioso-administrativa y, particularmente en el ámbito urbanístico, las sentencias suelen tener un carácter marcadamente declarativo, hecho que implica que la concreción del fallo se llevará a una posterior fase de ejecución. En conexión con esta idea se enlaza la segunda: que la declaración judicial de ilegalidad de una edificación lleva implícita la restauración de la legalidad vulnerada. Sobre este aspecto, señala el autor que “[e]llo se traduce, en definitiva, en que aunque la sentencia correspondiente se limite a la declaración de la ilegalidad de la edificación, el cumplimiento y, en su caso, la ejecución de la misma, ha de suponer ineludiblemente una de las dos actuaciones siguientes: a) la modificación del inmueble cuando el mismo sea «legalizable», es decir, se pueda reconducir a unas características compatibles con la legalidad urbanística, o, b) el derribo y reposición de la realidad física alterada, cuando no sea posible la adecuación a la legalidad urbanística”. Según explica, esta doble alternativa ha sido puesta de manifiesto, entre otras, por la STS de 31 de marzo de 2010 (ROJ 2258/2010), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

⁴⁴² Debo apuntar que, a pesar de realizar esta apreciación, el TS no observó la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial formulada por la Comunidad de Propietarios por respetarse el

Ahora bien, la naturaleza jurídica claramente diferenciada entre una clase de daños y otra provoca que esta afirmación sea cuanto menos poco afortunada. La existencia de un edificio fuera de ordenación y, con ello, ilegal, provoca la necesidad de que este sea eliminado. Hasta que dicha eliminación no se lleve efectivamente a la práctica, con su demolición, los perjudicados no podrán cuantificarlos íntegramente ya que el daño se produce día tras día dado que la pérdida de valor es secuencial. El punto diferencial con la ceguera es que este último es un daño irreversible y, como tal, susceptible de valoración una vez producido, mientras que los daños generados por la pérdida de vistas por un edificio ilegal *pueden mantenerse en el tiempo (generando efectos injustos)* hasta la desaparición de ese mal. Imaginemos, a título paradigmático, la disminución del precio del alquiler por la pérdida de visión del mar desde el momento en el que se levanta el edificio ilegal hasta su efectiva demolición⁴⁴³. Lo dejado de ganar por parte del arrendador a causa de esa infravaloración es un daño que se produciría mes a mes hasta la efectiva demolición del edificio ilegal (daños continuados). Por tanto, la acción de responsabilidad patrimonial se debería poder interponer a partir de aquel momento.

Para ir concluyendo, debo destacar que, en mi opinión, el establecimiento del inicio del plazo de prescripción para reclamar responsabilidad patrimonial derivada de anulación de licencias urbanísticas (y, por extensión, derivada de anulación de actos administrativos en general) debería atender al casuismo propio de la materia. Establecer como norma general el inicio del plazo a partir de la anulación de la licencia o, si es el caso, a partir del rechazo judicial de la inexecución de la sentencia anulatoria de la licencia, es una solución pertinente siempre que se puedan determinar los daños con seguridad. En caso de no poderse concretar total o parcialmente los efectos lesivos, la solución pasaría por permitir, en base al principio de la *actio nata*, el ejercicio de la reclamación de responsabilidad hasta la “*estabilización lesional*”, aunque no nos encontremos estrictamente en el ámbito de los daños corporales.

4. EL CÓMPUTO DE LA DE PRESCRIPCIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA CON RANGO DE LEY O DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE UNA NORMA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El caso de la responsabilidad por inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o por aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea (más ampliamente conocida como responsabilidad del Estado legislador⁴⁴⁴), no implica el

plazo de un año a partir del momento del rechazo del incidente de inexecución de sentencia. La acción de responsabilidad acabó desestimándose por razones de fondo. No obstante, interesa destacar esta declaración de intenciones que realiza el tribunal.

⁴⁴³ Tal y como destaca Tomás CANO CAMPOS, “El comienzo del plazo para reclamar los daños...”, págs. 201 a 204, en estos casos aun no concurre todavía uno de los requisitos del daño, ya que se precisaría una actuación material posterior de la Administración (la demolición efectiva).

⁴⁴⁴ Véase en materia de derecho subjetivo sobre el tema, el libro de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Civitas, Cizur Menor, 2005; o los

aspecto adjetivo del plazo de prescripción para reclamar la indemnización por un determinado agravio del legislador tanta problemática como sí sucede con el ámbito material de esta construcción. En los dos supuestos que derivan de la matriz del Estado legislador responsable se da por parte de la nueva regulación intrínseca del artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC lo que hasta ahora venía siendo la postura adoptada por el TS sobre el principio de la *actio nata* del ejercicio de la acción, que también en esta ocasión se inicia a partir del momento en que se dan todos los elementos fácticos y jurídicos que permiten que se ejerza la acción⁴⁴⁵.

Este momento inicial del plazo, en el caso de la ley declarada inconstitucional, se producirá cuando se publique en el BOE la sentencia del TC declarativa de la contravención legal de la *norma normarum*, siguiendo lo estipulado en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC). Sobre estos extremos se pronuncia desde antaño el TS, como por ejemplo en la sentencia de 16 de enero de 2001, en la que ya dejó claro que el momento inicial del cómputo de prescripción es el de la publicación de la STC correspondiente, porque el momento en el que se permite tener conocimiento pleno de los elementos integradores de la pretensión indemnizatoria es el momento en el que se declara la nulidad de la ley por ser contraria a la Constitución⁴⁴⁶.

Lo mismo sucederá con la norma –que en este caso puede ser tanto de rango legal como inferior a la ley– declarada contraria al Derecho de la Unión Europea⁴⁴⁷. Conforme al párrafo tercero del art. 67.1 de la LPAC, el *dies a quo* comenzará a computarse a partir

trabajos de María Consuelo ALONSO GARCÍA, “La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a los daños derivados de leyes inconstitucionales”, *RAP*, núm. 157, enero-abril, 2002, págs. 215 a 240; “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la...*, *op. cit.*, págs. 503 a 542; o “Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Gabilex*, núm. extraordinario 2, 2015, págs. 133 a 144. Véase también el trabajo de Eduardo COBREROS MENDAZONA, “Responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea” en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la...*, *op. cit.*, págs. 481 a 502.

⁴⁴⁵ Eric LEIVA RAMÍREZ y María Consuelo ALONSO GARCÍA, “La responsabilidad patrimonial del legislador”, *Administración&Desarrollo*, 40, núm.55, enero-junio, 2012, pág. 40.

⁴⁴⁶ STS de 16 de enero de 2001 (ROJ 134/2001), Ponente: Juan Antonio Xiol Rios. En el mismo sentido lo recuerda la STS de 12 de septiembre de 2007 (ROJ 5768/2007), Ponente: Margarita Robles Fernández.

⁴⁴⁷ Explica la STS de 9 de octubre de 2012 (ROJ 6505/2012), Ponente: Segundo Menéndez Pérez, que los dos tipos de responsabilidades del Estado legislador (por infracción normativa del Derecho de la Unión Europea y por inconstitucionalidad de norma con rango de Ley) en tanto en cuanto el mismo plazo de un año de la prescripción no es coincidencia. Es en base al principio de equivalencia que se le debe dar el mismo trato tanto al primero de los supuestos como al segundo, con base en la publicación de la Sentencia declarativa de la vulneración que fuere por parte del TJUE o del TC.

de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de la sentencia del TJUE que declare la norma contraria al Derecho de la Unión Europea⁴⁴⁸.

5. LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Si bien es holgadamente conocido que en la tradición regulatoria de las normas de procedimiento y de régimen administrativo no suele aparecer mención alguna sobre las posibilidades de interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial –y no va a ser menos con las nuevas leyes⁴⁴⁹–, la doctrina administrativista señala que es natural la aceptación por parte de la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo de la aplicación, por analogía, de lo estipulado en el artículo 1973 del CC, esto es, que la acción de responsabilidad patrimonial se puede interrumpir por tres vías: a) por su ejercicio ante los Tribunales; b) por reclamación extrajudicial del acreedor; y c) por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor⁴⁵⁰. Pero más ampliamente dicho, el plazo de prescripción “se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello”⁴⁵¹.

Esta solución, sin embargo, puede ofrecer soluciones antagónicas por la subjetividad de la formulación sobre la doctrina de la interrupción prescriptiva, ya que,

⁴⁴⁸ En un sentido análogo al de los casos de responsabilidad por inconstitucionalidad de ley véase la STS de 16 de noviembre de 2016 (ROJ 4979/2016), Ponente: José Antonio Montero Fernández. Del mismo modo que sucede también en aquellas resoluciones del TS, en la citada ahora también se recuerda que no se debe confundir el instituto de la responsabilidad patrimonial (más en concreto la responsabilidad del Estado legislador) con otro tipo de procedimientos o vías de reclamación, que tienen su propio régimen de prescripción, como puede ser la devolución de ingresos indebidos. La responsabilidad patrimonial no puede utilizarse –de manera fraudulenta– para reavivar un plazo de prescripción ya prescrito (en este caso de devolución de ingresos indebidos).

⁴⁴⁹ Aunque sí puede ser una excepción a esta afirmación la contenida en el artículo 37.2 de la LRJSP, que establece que “[l]a exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

⁴⁵⁰ Así lo dispone, entre otros, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, págs. 133 y 134; Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas”, en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la...*, *op. cit.*, págs. 203 y 204; o Tomás COBO OLVERA, *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad...*, *op. cit.*, pág. 126.

⁴⁵¹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 3364.

Esta es la reiteradísima doctrina jurisprudencial que viene formulando nuestro Alto Tribunal, en SSTs de 28 de diciembre de 2015 (ROJ 5516/2015), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; de 19 de enero de 2015 (ROJ 107/2015), Ponente: José María del Riego Valledor; de 22 de enero de 2013 (ROJ 159/2013), Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo; de 23 de julio de 2012 (ROJ 5611/2012); Ponente: Celsa Pico Lorenzo; de 1 de junio de 2011 (ROJ 3490/2011), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; o de 17 de noviembre de 2010 (ROJ 5955/2010), Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

de un lado, parece ampliar el abanico de posibilidades interruptoras (más allá del artículo 1973 CC), pero, de otro lado, al mismo tiempo veta cualquier tipo de intento interruptor inidóneo o improcedente, lo cual implica que incluso si se utilizara alguno de los supuestos legalmente habilitados para generar la interrupción podría despojarse de sus efectos inicialmente atribuidos. En definitiva, se deberá estar alerta a las circunstancias del caso y a las múltiples posibilidades particulares para hallar qué senda escoger, como a continuación se verá⁴⁵². Esta postura comporta la exigencia de dos requisitos básicos para que se produzca los efectos de la interrupción prescriptiva. En primer lugar, la tradicional regla de las manifestaciones de voluntad por parte del sujeto activo de la acción de responsabilidad y su carácter recepticio –es decir, que se dirija al sujeto pasivo de derecho cuya prescripción se busque interrumpir (en este caso a la Administración)⁴⁵³–, como forma de paralización del plazo de prescripción en un determinado momento mediante una fehaciente manifestación de ello. Y, en segundo lugar, y no por ello menos relevante, que la antedicha manifestación de voluntad sea idónea y procedente para interrumpir el *tempus prescriptionis*. Este segundo condicionamiento es el que dota de una complejidad subjetiva a la naturaleza recepticia de la manifestación de voluntad, en el sentido que a continuación se verá.

A. La diferenciación entre los efectos interruptores y los efectos suspensivos de la prescripción del plazo

Como cuestión previa, debo apuntar a la esencial diferenciación entre la “interrupción” de la prescripción y la “suspensión”, como categorías jurídicas diferenciadas, en tanto en cuanto la primera reinicia el cómputo del plazo de prescripción, o, dicho de otro modo, éste comienza a correr nuevamente; y la segunda paraliza el tiempo, pero no inutiliza el ya transcurrido. Por tanto, cuando hablamos de interrupción, en Derecho español estamos refiriéndonos a cualquier causa (avalada por nuestro ordenamiento jurídico) capaz de reiniciar el cómputo del plazo de prescripción

⁴⁵² Sobre la multitud de problemas que puede generar la figura de la interrupción prescriptiva en materia de responsabilidad patrimonial también se ha postulado Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 204 y ss.

⁴⁵³ La posibilidad del carácter recepticio del acto interruptor barajaba Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, págs. 134 a 140, en tanto en cuanto citaba a Luis DÍEZ PICAZO, el cual decía que para que tuviera efecto interruptivo una determinada declaración de voluntad, debe ser dirigida siempre al sujeto pasivo del derecho cuya prescripción se pretende interrumpir. Pero también apuntaba el autor que la simple emisión de la declaración de voluntad bastaba para producir dicho efecto, sin necesidad de recepción efectiva por parte del destinatario (por no dejar a su libre arbitrio –teniendo en cuenta que es el personaje favorecido por una posible prescripción– la interrupción o no del plazo). Y, en el ámbito administrativo, señala el autor, que es suficiente con presentar los escritos y solicitudes por alguna de las vías admitidas en la legislación del procedimiento.

En sentido similar se postula Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 215 y 216. La autora cita el dictamen del Consejo de Estado de 24 de mayo de 2007, exp. 980/2007, según el cual “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales o por reclamación extrajudicial pero en ambos casos dirigida contra el deudor, según una recta interpretación del artículo 1973 del Código Civil”.

desde cero, es decir, volver a disponer de un año de plazo para formular la acción de responsabilidad patrimonial desde el momento en que acabó la interrupción⁴⁵⁴.

B. La manifestación de voluntad como medio para interrumpir la prescripción: en especial, el tratamiento del envío de burofax y la presentación de la reclamación ante órganos administrativos incompetentes

El objetivo del presente epígrafe es averiguar en qué condiciones la manifestación de la voluntad del presunto perjudicado puede interrumpir la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial hasta el punto de disponer de un tiempo más amplio que el año previsto para esta acción, con especial énfasis, de un lado, en uno de los mecanismos que suelen ser utilizados –en la mayor parte de las ocasiones, incorrectamente– para interrumpir la prescripción: el envío de burofax; y de otro lado, de otra posibilidad admitida por la jurisprudencia, que es la posibilidad de interrupción ofrecida por la reclamación errónea ante órganos administrativos incompetentes.

Sin embargo, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo suele denegar que las manifestaciones de voluntad –con carácter general y ejercidas por cualquier medio admisible en Derecho– tengan la virtualidad de interrumpir el plazo de prescripción a la luz del artículo 1973 del Código Civil. La razón esgrimida por parte de los Tribunales de lo contencioso-administrativo guarda relación con el hecho de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es exigible exclusivamente de acuerdo con los regímenes procedimentales y sustantivos de la LPAC y la LRJSP, con las salvedades expuestas en epígrafe anterior⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ STS de 21 de enero de 2012 (ROJ 2065/2012), Ponente: Segundo Menéndez Pérez. La citada resolución explica de la siguiente manera la diferenciación: “...en este motivo se confunde la interrupción de la prescripción con la suspensión de la misma. La primera está recogida en el artículo 1973 del Código civil y es el acto –uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales– que evita la consumación de la prescripción y su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción...La interrupción, pues, es un acto obstativo de la prescripción, que revigora el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido; así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue –no comienza de nuevo, como en la interrupción– el cómputo del tiempo para la prescripción. La suspensión no está recogida, con carácter general, en Derecho español...”. En el mismo sentido la STS de 17 de julio de 2012 (ROJ 5211/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí; la STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2006 (ROJ 1782/2006), Ponente: Xavier O’Callaghan Muñoz; o la STS, Sala 1ª, de 25 de noviembre de 2016 (ROJ 5146/2016), Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. También la STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2014 (ROJ 4339/2014), Ponente: José de Bellmont y Mora.

Del mismo modo lo explica Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Código Civil Comentado*, Vol. IV, *op. cit.*, pág. 1690, al comentar el artículo 1973 del CC, en sentido de señalar que “[e]sa interrupción no supone una suspensión del plazo, que luego se reanuda, sino que el mismo ha de volver a contarse de nuevo desde la fecha en que tuvo lugar la interrupción o desde que cesaron los efectos de ésta”.

⁴⁵⁵ La STS de 2 de marzo de 2011 (ROJ 875/2011), Ponente: Santiago Martínez-Vares García, conoció de un supuesto en el que por parte del reclamante se buscó utilizar un burofax para interrumpir la prescripción. Burofax que la Administración (Autoridad Portuaria de Las Palmas) consideró como una solicitud de iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una solicitud que, sin embargo no reunía los requisitos específicos requeridos por la LRJPAC –por aquél entonces– y procedió al archivo del mismo. El TS avaló esta postura estableciendo que “[ú]nicamente se producirá esa circunstancia –la

Lo esencial a tener en cuenta es que, como regla general, la prescripción es susceptible de interrupción por reclamación. Esta reclamación, conforme a la jurisprudencia, debe ser dirigida a la Administración (carácter recepticio); pero aparecen problemas en el momento en el que dicha cuestión se remita a través de burofax (telegrama o análogos), o se dirijan a un órgano administrativo incompetente⁴⁵⁶. De un lado, en relación con esta última cuestión, debe sostenerse que no es lo mismo un órgano administrativo incompetente que una Administración incompetente, por lo que, no será válida a efectos interruptores de la prescripción la reclamación presentada ante otra Administración diferente de la que se le pretende reclamar responsabilidad. Precisamente acierta el TS al deshacer uno de los argumentos principales que había utilizado el juzgador *a quo* para observar la interrupción prescriptiva, –que es que hubo una indubitada voluntad del interesado en deducir la petición de responsabilidad– aduciendo que la “indubitada voluntad” de reclamar no sirve en todo supuesto, ya que se puede contemplar bajo muchas modalidades que no por ello han de ser válidas para interrumpir la prescripción, como por ejemplo “la presentación de escrito reclamatorio fuera de plazo por error de cómputo”⁴⁵⁷.

De otro lado, por lo que respecta al envío de burofax, la finalidad que este debe tener es única y exclusivamente el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, es decir, reclamar. No se acepta que el burofax tenga como único objetivo el de interrumpir la prescripción⁴⁵⁸. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2015 conoció de un asunto en el que el apelante pretendía dar valor de iniciación de procedimiento de la responsabilidad patrimonial de oficio por parte del ICS por el hecho de que este organismo haya trasladado un escrito al órgano competente para su tramitación. Sin embargo, el escrito del apelante tenía como finalidad interrumpir la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial y solicitar varios informes. El TSJ explica que el texto de ese escrito no contiene los elementos necesarios para iniciar un expediente administrativo de responsabilidad patrimonial (requisitos del entonces artículo 6 del RPRP) y que la finalidad que se busca con él es otra (la interrupción de la prescripción)⁴⁵⁹. De ahí que el mismo TSJ de Cataluña recuerde, en otra sentencia –de 16 de mayo de 2014– que “el escrito de reclamación –iniciación a instancia del interesado– es un escrito formal, al que la Ley le atribuye un contenido mínimo e indispensable, que, si bien es cierto que puede ser objeto de subsanación, el mismo ha de expresar la voluntad de iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial”. De

interrupción– si la reclamación se presenta ante un órgano incompetente o como expresó la sentencia de esta Sala Tercera Sección Cuarta de veintiuno de marzo de dos mil, recurso 427/2006, en virtud de cualquier ‘reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello’”. Y acaba diciendo la citada sentencia que “el burofax enviado a la Administración Portuaria no interrumpió la prescripción del plazo de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial sino que como entendió la Administración era ejercicio de esa acción”.

⁴⁵⁶ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, La responsabilidad patrimonial..., *op. cit.*, págs. 622 y 633.

⁴⁵⁷ STS de 5 de febrero de 2014 (ROJ 324/2014), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

⁴⁵⁸ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, La responsabilidad patrimonial..., *op. cit.*, pág. 633.

⁴⁵⁹ STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2015 (ROJ 2772/2015), Ponente: Joaquín Borrell Mestre.

lo contrario, la utilización de burofaxes que luego pretenden corresponder con una reclamación jurídicamente estricta supone un fraude de ley y el desconocimiento de los principios de seguridad jurídica, por utilización indebida de cartas certificadas⁴⁶⁰.

Es además doctrina reiterada del Consejo de Estado el hecho de que para la interrupción de la prescripción no es suficiente la utilización de medios o actuaciones que acrediten escasamente la identidad del reclamante y la naturaleza de la pretensión, por ejemplo, un simple telegrama, porque no reúne los requisitos previstos en la legislación del procedimiento administrativo⁴⁶¹. A mayor abundamiento, en otras ocasiones también se han rechazado las actuaciones de investigación que pudiera llevar a cabo el administrado antes de formular la reclamación –ex art. 1973 CC⁴⁶²–, así como por ejemplo la solicitud de expedición de determinados testimonios a los órganos judiciales (STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de septiembre de 2016)⁴⁶³.

C. Las actuaciones judiciales con posible efecto interruptor de la prescripción del plazo

a) La reclamación de responsabilidad patrimonial en una vía jurisdiccional errónea (civil y social)

Si bien es holgadamente conocido el hecho de que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa es la que el perjudicado por el funcionamiento de los servicios públicos deberá seguir para reclamar la responsabilidad patrimonial de estos, cabe decir que, en principio, según señala ALARCÓN SOTOMAYOR, la jurisprudencia admite el efecto interruptor cuando el reclamante se equivoca de orden jurisdiccional y acciona ante la jurisdicción civil o laboral⁴⁶⁴. La exigencia para que efectivamente una acción ejercida ante un orden jurisdiccional equívoco interrumpa la prescripción es que el sujeto pasivo sea la Administración (hipotéticamente responsable) –recordemos el carácter recepticio que debe tener cualquier manifestación de voluntad para

⁴⁶⁰ STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2014 (ROJ 5451/2014), Ponente: María Abelleira Rodríguez. El caso fáctico de la citada resolución explica la pérdida de un ojo por parte de un paciente que se dedica a intentar interrumpir la prescripción a partir del momento de la estabilización de las secuelas, pasando hasta 6 años hasta la presentación formal de la pertinente reclamación de responsabilidad patrimonial. Luego cambia de argumento esgrimiendo que esos escritos pretendían iniciar el procedimiento de responsabilidad. El TSJ considera que dichos burofaxes no son escritos de iniciación del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, como parece pretender la recurrente en una interpretación “retorcida” del RPRP. Por tanto, tampoco cabía esperar ni exigir actuación alguna por parte de la Administración respecto a un hipotético requerimiento de subsanación o de iniciación de oficio.

⁴⁶¹ De este modo lo recuerda Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *RPAM*, núm. 34, junio, 2016, pág. 176, en referencia a la Memoria del Consejo de Estado del año 2005.

⁴⁶² El art. 1973 CC establece que: “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y contra cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”.

⁴⁶³ STSJ de Castilla-La Mancha de 2016 (ROJ 2487/2016), Ponente: Manuel José Domingo Zaballos.

⁴⁶⁴ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 204 y 205.

interrumpir la prescripción⁴⁶⁵—, y que la causa de pedir esté formada por el propio requerimiento de la responsabilidad patrimonial en los términos exactos de su posterior reclamación (válida) conforme al Derecho administrativo *in extenso*.

Pues bien, el hilo de los acontecimientos se desarrollará, sucintamente, de la siguiente manera: se interpondrá primero una reclamación (administrativa) previa al ejercicio de la acción en el orden civil o social y, posteriormente, se tramitará el proceso judicial oportuno que finalizará con la declaración (por sentencia o cualquier otra resolución judicial) del Juzgado de Primera Instancia o de lo Social, apuntando a su incompetencia. Estos procesos pueden durar años, y, por tanto, solo su tramitación puede superar con creces el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la LPAC. Como inciso, sostiene GARCÍA-TREVIJANO GARNICA que, en el caso de que la pretensión del administrado sea interponer una reclamación previa a la vía civil o social, la Administración debería rectificarle la naturaleza de la solicitud —transformándola en una reclamación de responsabilidad patrimonial, con requerimiento de subsanación (si fuera necesario) para la adaptación a los requisitos de los artículos 66.1 y 67.2 de la LPAC— y señalándole que, de no estar conforme con la solución dada en vía administrativa, se deberá dirigir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁶⁶.

Volviendo a la línea argumental inicial, la interrupción de la prescripción se produciría desde la reclamación administrativa previa (que desembocará en un proceso judicial civil o social) hasta la declaración de la incompetencia de estos órdenes⁴⁶⁷, siempre que no haya perecido el plazo de prescripción de un año, “pues no se puede interrumpir lo que ya no existe”⁴⁶⁸.

Ahora bien, se debe tener en —especial— consideración que la jurisprudencia del TS cada vez es menos flexible con esta postura, ya que siempre ha exigido —para que se produzca el efecto interruptor por pendencia de acción civil— que la citada acción civil no sea “manifiestamente inadecuada”, en modo patente, notorio u ostensible. En este sentido se aceptaba el efecto interruptor de la prescripción sin mayor controversia con anterioridad —e incluso con reciente posterioridad— a la reforma de la LOPJ y la LRJCA (que se produjo a finales del año 2003), ya que por aquél entonces la acción civil no se

⁴⁶⁵ La STSJ de Castilla y León de 15 de junio de 2012 (ROJ 3536/2012), Ponente: María Concepción García Vicario, o la STSJ de las Islas Baleares de 8 de septiembre de 2011 (ROJ 904/2011), Ponente: Alicia Esther Ortuño Rodríguez, deniegan el efecto interruptor de la prescripción por acciones civiles dirigidas contra sujetos privados en principio ajenos a la Administración, y no contra la Administración a la que posteriormente reclaman su responsabilidad patrimonial.

⁴⁶⁶ Me parece oportuna esta sugerencia realizada por Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pág. 148. También lo apunta Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 218 y 219.

⁴⁶⁷ Véase, a modo de ejemplo, esta doctrina jurisprudencial en la STS de 16 de noviembre de 2011 (ROJ 7721/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez; o la STS de 21 de enero de 2012 (ROJ 2065/2012), Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

⁴⁶⁸ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, págs. 149 y 150. El autor acertadamente sostiene que no se puede utilizar la vía de la interrupción (por error en el planteamiento de la demanda en orden equivocado) para rehabilitar plazos ya fenecidos antes del inicio de las actuaciones equivocadas.

mostraba manifiestamente improcedente⁴⁶⁹. Pero conforme ha ido transcurriendo el tiempo, y la consolidación legal y jurisprudencial de la obligatoriedad de acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial cuando concurren conjuntamente sujetos privados con la Administración, el hecho de que se siga acudiendo, por ejemplo, a la vía civil sí ha empezado a considerarse una improcedencia manifiesta de su ejercicio y, por tanto, se ha empezado a vetar la eficacia interruptora de la prescripción. Así lo ha señalado, por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 2015 al considerar que una acción civil interpuesta contra el Hospital Valencia al Mar y la Generalitat Valenciana en el año 2008 –habiendo transcurrido un tiempo más que suficiente entre ella y la reforma legislativa (2003) que atribuyó con claridad a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de este tipo de acciones de responsabilidad patrimonial– era manifiestamente inadecuada y, consecuentemente, no interrumpía la prescripción⁴⁷⁰.

Ahora bien, deben diferenciarse estos casos –donde la manifiesta inadecuación de la acción civil brilla por sí misma– de aquellos en los que, por la propia naturaleza jurídica

⁴⁶⁹ En palabras de Oriol MIR PUIGPELAT, “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, *Indret*, Barcelona, julio, 2003, págs. 3 y 4, en aquella época, uno de los aspectos más controvertidos de la distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales de nuestro país fue, durante muchos años, fue el relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración, donde los cuatro órdenes jurisdiccionales se iban considerando competentes, hasta el punto de que “la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha llegado incluso a negarse a acatar las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos de Competencia”.

Esto sucedía debido a que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ –y también del artículo 2.e) de la LRJCA–, el artículo 9.4 establecía lo siguiente: “[l]os del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”. Pero el artículo único de la Ley Orgánica 19/2003 introdujo en el artículo 9.4 de la LOPJ dos incisos nuevos para atajar la polémica, que consisten en que “[i]gualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”; y “[t]ambién será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

⁴⁷⁰ STS de 4 de diciembre de 2015 (ROJ 5375/2015), Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

En sentido análogo, la STS de 2 de noviembre de 2011 (ROJ 7083/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez, al señalar que, “cuanto mayor sea el tiempo que medie entre, de un lado, la publicación de las normas que precisaron ya sin asomo de duda el orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y, de otro, la fecha de ejercicio ante la jurisdicción civil de una de esas acciones, mayor fundamento, mayor razón, tendrá la imputación de que el ejercicio de la acción ante ésta última fue *manifiestamente inadecuado*”.

También resuelven en la misma dirección, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2017 (ROJ 2334/2017), Ponente: Ana María Pérez Tortola; o la STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2016 (ROJ 9122/2016), Ponente: Antonio Jesús Pérez Jiménez.

(privada) del sujeto causante del daño, pese a la inadecuación de la acción, puedan surgir algunas dudas relacionadas con el cauce jurisdiccional a seguir, donde el adjetivo “manifiesta”, deja de tener presencia. Este es el caso, por ejemplo, de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (en adelante, las MATEP), supuesto conocido por la STS de 17 de julio de 2012⁴⁷¹. Se trataba de un litigio de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por una MATEP, donde el perjudicado planteó, en primer lugar, una acción de responsabilidad por la vía civil solamente contra la Mutua, pero no contra la Administración, ya que entendió que, *ab initio*, no concurría actividad administrativa alguna. Y es que, en puridad, las MATEP se configuran como sujetos de naturaleza privada, pero que realizan actividad pública mediante su colaboración como entidades gestoras del Sistema Nacional de la Seguridad Social (SNSS)⁴⁷². El TS consideró que no hubo manifiesta inadecuación de la acción ante la jurisdicción civil, en este caso, precisamente por la naturaleza privada de las Mutuas y, por tanto, sí que dicha acción civil provocó el efecto interruptor conforme el artículo 1973 del CC⁴⁷³.

b) La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración como causa interruptora de la prescripción

La doctrina jurisprudencial parece ser clara en relación con el efecto que tiene sobre el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial la incoación de diligencias penales para con el personal al servicio de la Administración. De un lado, cabe apuntar que el actual artículo 37.2 de la LRJSP –redactado del mismo modo que el anterior artículo 146.2 de la LRJPAC– establece que “[l]a exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”⁴⁷⁴. De otro lado, la jurisprudencia

⁴⁷¹ STS de 17 de julio de 2012 (ROJ 5211/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí.

⁴⁷² El Preámbulo de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modificó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social especificaba que, aun siendo las MATEP entidades privadas, su objeto exclusivo es la colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Estas entidades gestionan cuotas del sistema que periódicamente les son transferidas por la TGSS, pero la titularidad de todo el patrimonio es del Servicio Común de la Administración de la Seguridad Social.

Más en concreto, el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), establece que “[l]as mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad”.

⁴⁷³ En sentido análogo resolvió la STS de 29 de abril de 2013 (ROJ 1975/2013), Ponente: Ricardo Enríquez Sancho.

⁴⁷⁴ El artículo fue modificado por la Ley 4/1999, lo que conllevó la eliminación de la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal “no interrumpirá el plazo de prescripción”. La doctrina y el Consejo de Estado ya clamó en su momento contra dicho precepto y se buscó dar una interpretación más laxa, favorable al perjudicado, tal y como se puede observar de lo explicado por Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/1992”, *RAP*, núm. 141, septiembre-diciembre, 1996, págs. 265 a 270.

entiende –a partir de la doctrina de la *actio nata*– que “no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general”; ello con base en la doctrina general de que la acción de responsabilidad patrimonial solo puede ejercitarse a partir del momento en que se conocen las dimensiones fácticas y jurídicas de los perjuicios causados; “de tal modo que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año”⁴⁷⁵. La justificación radica, a la postre, en que el proceso penal tiene por objeto investigar y esclarecer los acontecimientos que generaron la producción del daño o perjuicio, y, por tanto, es natural que interrumpan el plazo de prescripción para plantear la reclamación de responsabilidad patrimonial. Además de ello, tal y como explicaba GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, al glosar el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2124/1994, no puede considerarse como dejadez o abandono de la acción de reclamar por parte del afectado por el funcionamiento del servicio público si inicia una acción judicial penal “*conectada directamente*” con lo que luego será la pretensión de la responsabilidad patrimonial⁴⁷⁶.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, cabe destacar que no se producirá la eficacia interruptora del plazo de prescripción de no existir efectivamente aquella *conexión directa* entre los sujetos y hechos enjuiciados en el proceso penal previo y los sujetos y hechos sobre los que se plantea la posterior reclamación de responsabilidad patrimonial; lo que implica que los operadores jurídicos deberán prestar atención a las circunstancias del caso concreto para evitar posibles alteraciones sustanciales entre los elementos de las dos tramitaciones⁴⁷⁷.

D. La incidencia de la solicitud de justicia gratuita en el plazo de prescripción para reclamar responsabilidad patrimonial

⁴⁷⁵ En este sentido la STS de 12 de junio de 2008 (ROJ 2858/2008), Ponente: Margarita Robles Fernández.

También resuelven de manera análoga las SSTS de 7 de junio de 2011 (ROJ 3488/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez; de 25 de febrero de 2011 (ROJ 975/2011), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; o de 16 de diciembre de 2011 (ROJ 8829/2011), Ponente: Antonio Martí García.

Lo explica, asimismo, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 391, y, además, apunta que se debe entender el inicio del plazo (en caso de haberse interrumpido por pendencia de proceso penal), desde la firmeza de la resolución que finaliza la causa penal o desde el archivo de las actuaciones.

⁴⁷⁶ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción...”, *op. cit.*, pág. 270.

⁴⁷⁷ Lo recuerda así Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, págs. 210 a 215. También hace hincapié en esta cuestión Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, págs. 162 a 166.

A esta conexión directa se refiere la jurisprudencia del TS –aunque no explícitamente– cuando describe que “la mera iniciación de un proceso penal por los mismos hechos de lo que derivó el daño o perjuicio, del que puedan resultar datos relevantes para concretar y enjuiciar, bien la responsabilidad subsidiaria en el marco de ese proceso, bien, en uno posterior, la responsabilidad de la Administración y/o de los sujetos privados que concurrieron a la producción del daño, comporta ya por sí la interrupción del plazo de prescripción. Así, por ejemplo, la STS de 16 de noviembre de 2011 (ROJ 7721/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

El derecho de acceso a una justicia gratuita, como característica natural del Estado social y para aquellas personas carentes de recursos económicos suficientes, se prevé en el artículo 119 de la CE en relación con el artículo 24.2 de la norma suprema del derecho a la defensa y asistencia letrada, que tienen como finalidad primordial el de evitar desequilibrios procesales o limitaciones en la defensa. Entre otras, la STC de 22 de abril de 1987, en su FJ 2º, ha interpretado dichos preceptos en sentido de realzar la justicia gratuita (en relación con otros principios constitucionales como el de la igualdad y de contradicción) como *una imposición para los órganos judiciales y una garantía para los ciudadanos más necesitados económicamente*⁴⁷⁸.

Sin embargo, la legislación de desarrollo del derecho, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG, en adelante), no regula con gran clarividencia figuras como por ejemplo “la suspensión del curso del proceso”, que se encuentra en su artículo 16, ya que se trata de un largo –y pesado– artículo poco estructurado, con tantas reglas generales como necesidades interpretativas tenga el operador jurídico. Ello, juntamente con la realidad práctica de la asignación letrada por parte de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita consistente en un procedimiento que suele durar entre un mes o dos, obliga a plantearnos el siguiente interrogante: ¿qué sucede con aquel tiempo a efectos de la prescripción de la acción?, habida cuenta que, además, la responsabilidad patrimonial debe iniciar un procedimiento administrativo previo, y no directamente el proceso judicial.

Pues bien, el artículo 16.1 (párrafo primero) de la LAJG contiene un mensaje –de entrada– poco esperanzador, al negar la posibilidad de que la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita suspenda el curso del proceso o expediente administrativo. Sin embargo, el segundo párrafo habla de la “posibilidad” del Letrado de la Administración de Justicia u órgano administrativo de suspender un determinado trámite hasta la decisión sobre el reconocimiento o denegación de la justicia gratuita, o la designación provisional de abogado y procurador, siempre que la solicitud se hubiese formulado dentro de los plazos habilitados para cada trámite (procesal o procedimental) concreto. Tres cuestiones con respecto a este segundo párrafo del artículo 16.1 LAJG. En primer lugar, con respecto a los plazos de cada trámite, en este caso nos referiremos al plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial en vía administrativa. En segundo lugar, el precepto legal marca una posibilidad, y no un deber, del Letrado de la Administración de Justicia o del órgano administrativo de suspender el curso del trámite, lo cual nos lleva a la pregunta obligada: ¿qué sucede si no lo hace?, ¿podría resolverse una extemporaneidad de la acción?, o pensando más allá ¿podría ser éste artículo la base legal para determinar una verdadera suspensión del plazo de prescripción– y no una interrupción –pese a lo establecido por la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁷⁹? A la luz de

⁴⁷⁸ STC de 22 de abril de 1987, núm. 47/1987, Ponente: Eugenio Díaz Eimil.

⁴⁷⁹ Véase el epígrafe 2.5.A. del presente capítulo.

la doctrina constitucional, consideran CARAZO LIÉBANA y RUIZ-RICO RUIZ que los órganos judiciales “deben, en principio, acordar la suspensión del curso del procedimiento hasta tanto no le sea nombrado un Letrado al litigante que carece de recursos económicos”⁴⁸⁰. Antes de señalar la posible solución debo referirme a la última de las cuestiones.

En tercer lugar, en caso de que se reconociera la suspensión, ésta se levantará ¿desde la designación provisional de abogado o desde la resolución final del reconocimiento o denegación? El 16.1 de la LAJG no lo deja claro, ya que establece que “podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales o administrativas”. De entrada, se entiende que en caso del procedimiento de responsabilidad patrimonial –como cauce administrativo donde no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador– se levantará la suspensión a partir de la resolución de reconocimiento (o denegación) del derecho a litigar gratuitamente, con la salvedad del “interés de la justicia”.

Sin embargo, el artículo 16.2 de la LAJG parece desmarcarse del punto primero al prever que la presentación de la solicitud del reconocimiento del derecho antes de la incoación del proceso –debemos entender que judicial–, siempre y cuando “la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad”, se producirá la interrupción (debería entenderse que en caso de la prescripción) o la suspensión (a priori, en caso de la caducidad). Y digo en principio, porque inmediatamente, el párrafo segundo del punto segundo del artículo 16, en lo que parece ser una deficiencia de técnica jurídica, establece que “[e]l cómputo del plazo de prescripción se reanudará desde la notificación al solicitante de la designación provisional (...), o en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho (...)”. El precepto habla de “reanudar” el plazo de prescripción, y no de “reiniciar”, en contra de los efectos que se presuponen en derecho español de la interrupción de la prescripción, pareciendo que la LAJG pretendiera sentar como efecto toda una institución suspensiva. No obstante, esta suspensión parece ser involuntaria, porque en el primer párrafo del artículo 16.2 equipara prescripción con interrupción y caducidad con suspensión.

Como propuesta de *lege ferenda* debería reconsiderarse todo el artículo en pro de la seguridad jurídica, diferenciando claramente entre los efectos interruptivos y los suspensivos, y dotarlo de una mejora estructural. Pero de lo antevisto, en mi opinión, y de la estricta literalidad del artículo 16.2, párrafo segundo, cabe extraer la conclusión de

⁴⁸⁰ María José CARAZO LIÉBANA y Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, “Derecho a la asistencia letrada y a la gratuidad en la justicia”, en la obra coordinada por el segundo, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, consulta *electrónica*.

que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial⁴⁸¹ se debería suspender con la solicitud de reconocimiento del beneficio a la asistencia jurídica gratuita; y se levantará dicha suspensión (por parte del órgano administrativo instructor) una vez se designe provisionalmente al abogado (por no ser preceptivo en procedimiento administrativo).

Otra cosa sucede cuando el justiciable ya ha encauzado la vía administrativa previa y su petición de justicia gratuita va dirigida a obtener letrado (y, en su caso, procurador) para plantear el recurso contencioso-administrativo, donde la doctrina del TC es bastante clara. Cabe señalar la STC de 18 de junio de 2007 que –recordando doctrina– explicaba que “en los casos en que antes de iniciar el procedimiento contencioso-administrativo se realiza la solicitud de designación de profesionales de oficio dentro del plazo legal de dos meses para la interposición de la demanda resulta arbitrario que, siendo claramente los párrafos 3 y 4 del art. 16 LAJG los que regulan este tipo de supuesto, el órgano judicial considere, sin mayor argumentación, que no basta para la interrupción del plazo de prescripción la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que es necesario obtener una resolución del órgano judicial decretando la suspensión”⁴⁸². Acogiéndose al mismo razonamiento ha resuelto recientemente el TS en su sentencia de 7 de abril de 2017, que, en conocimiento de una solicitud de justicia gratuita entre la fase procedimental y la judicial ha apuntado dos cuestiones que deben resaltarse: en primer lugar, que de conformidad con el artículo 16 LAJG, el plazo de prescripción se suspende, con lo cual, al finalizar dicha suspensión, se reanuda (y no se reiniciará); y en segundo lugar, aunque la parte reclamante no lo ponga en conocimiento del órgano judicial, debe apreciarse de todas formas el efecto suspensivo desde la designación provisional de abogado⁴⁸³.

Pero téngase en cuenta que, a pesar de hablarse del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, en la fase intermedia entre el proceso y el procedimiento, el tema temporal se solapa, además con los dos meses de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo después de la desestimación de la reclamación previa que está previsto en el artículo 46 de la LRJCA. Por tanto, más que

⁴⁸¹ Recordando además que el ámbito de aplicación de la LAJG fue ampliado por la disposición final 3.1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, incluyendo “la vía administrativa previa” cuando así esté previsto en la regulación legal específica. Con anterioridad a dicha reforma se entendía limitado el ámbito de aplicación al proceso judicial, límite que ha implicado más de un pronunciamiento judicial confuso, como por ejemplo el que transcribe la STS de 18 de enero de 2016 (ROJ 30/2016), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso, de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2014, en la que se decía que “[s]i se examina el artículo 6.1 de la Ley 1/1996, de 19 de enero, relativo al contenido material del derecho, éste se contrae a las actuaciones judiciales, no a los procedimientos administrativos”, ya que el recurrente había alegado que se debió interrumpir el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la existencia de procedimiento de reconocimiento del beneficio de justicia gratuita. Ello además de las continuas e incorrectas equiparaciones entre la interrupción y la suspensión que parece hacer el TSJ a lo largo de su exposición.

⁴⁸² En este sentido, entre otras, las SSTC de 18 de junio de 2007, núm. 148/2007, Ponente: Pablo Pérez Tremps; y de 19 de junio de 2006, núm. 182/2006, Ponente: Pablo Pérez Tremps.

⁴⁸³ STS de 7 de abril de 2017 (ROJ 1477/2017), Ponente: Rafael Toledano Cantero.

de un plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial (plazo administrativo) estaríamos hablando de un plazo de preclusión del trámite de interposición (plazo procesal) que, sin embargo, tendría el mismo efecto que el transcurso del plazo de prescripción: la inadmisión por extemporaneidad⁴⁸⁴. Entonces, se entendería sin más el efecto suspensivo del plazo, porque al ser un plazo procesal, se entiende que es susceptible de caducar (y no de prescribir) y sería susceptible de preclusión, que en palabras de GÓMEZ DE LIAÑO POLO, el término de “preclusión” tiene “un significado muy concreto en el derecho procesal, viniendo a determinar la pérdida o extinción de una concreta actuación procesal”⁴⁸⁵, que en este caso sería la interposición de recurso, para el que, la parte reclamante, dispone de dos meses conforme al artículo 46 de la LRJCA.

6. LA POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN O EL JUEZ APRECIE DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

La cuestión objeto de estudio en este apartado responde a si la figura de la prescripción extintiva opera automáticamente –y, en consecuencia, la Administración o el Juez la puede apreciar de oficio *ad limine*– o, de lo contrario, solo opera si es alegada por parte del reclamado o demandado en el correspondiente proceso judicial. La teoría general de la figura apunta a que opera solo si el potencial beneficiado la opone frente al hipotético acreedor, lo cual, inicialmente, parece decantar la respuesta hacia la *exigencia de la oponibilidad*. Ahora bien, no es tan sencillo. Dicho discernimiento se halla en terrenos movedizos en nuestro ordenamiento jurídico y, por esta razón, debe distinguirse según nos encontremos en la vía judicial o en la vía administrativa previa.

Autores como GARCÍA-TREVIJANO GARNICA sostienen que, si bien el carácter general de la prescripción debe ser opuesta por el beneficiado (y –en principio– no es apreciable de oficio, como sí sucede con la caducidad), estaría justificada una excepción a tal regla porque no existe un precepto que lo prohíba y es más coherente con principios como por ejemplo la seguridad jurídica o el *iura novit curia*⁴⁸⁶. Lo que el citado autor defiende es que la prescripción pueda tener un efecto constitutivo, que se produzca *ipso iure*, y que la intervención de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tenga

⁴⁸⁴ Resulta interesante apuntar la diferencia entre los tipos de plazos, a raíz de la distinción que realizaba Carlos GÓMEZ DE LIAÑO POLO, “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del lugar y del tiempo de las actuaciones judiciales (artículos 129 a 136 LEC)”, *InDret*, Barcelona, octubre, 2009, págs. 9 y ss., entre plazos procesales y civiles, que indicaba que los primeros son aquellos que “tienen su origen en una actuación de esta naturaleza, es decir, una citación, notificación, emplazamiento o requerimiento, teniendo un distinto régimen jurídico como establece una constante jurisprudencia”; y siendo los plazos civiles aquellos para el ejercicio de las acciones (que en el caso de la responsabilidad patrimonial, es un plazo de prescripción).

⁴⁸⁵ Carlos GÓMEZ DE LIAÑO POLO, “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil...”, *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁸⁶ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción...”, *op. cit.*, págs. 41 a 43. Además, considera el autor que “[e]s así, por lo demás, como los Tribunales Contencioso-Administrativos velan también por la aplicación de la legalidad, lo que en modo alguno debe confundirse con convertir a dichos Tribunales en abogados de la propia Administración”.

meramente carácter declarativo de la prescripción ante la eventual invocación por la Administración en sede judicial⁴⁸⁷.

A. En vía administrativa

La Administración, durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, puede observar la prescripción extintiva y, consecuentemente, inadmitir o resolver la desestimación de la reclamación por esta causa. El camino de la observancia *ex officio* por parte de la Administración se allana por el hecho de que así lo prevé el art. 88.1 de la LPAC. En efecto, este precepto prevé que la resolución decida, además de todas las cuestiones planteadas por los interesados, todas aquellas cuestiones que deriven del procedimiento. Más concretamente, el párrafo segundo del citado artículo establece que en el caso de que se trate de cuestiones conexas al procedimiento que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente estará facultado para pronunciarse sobre las mismas siempre que previamente lo ponga de manifiesto por un plazo no superior a quince días con la finalidad de que los interesados formulen las alegaciones que consideren⁴⁸⁸. La controversia radica únicamente en el caso de que la entidad instructora no observe dicha existencia y tampoco se alegue, posteriormente, en el proceso contencioso-administrativo, supuesto en el que se deberá resolver del modo explicado en el apartado anterior.

B. En vía judicial

En sede procesal, por lo contrario, parece que la doctrina jurisprudencial resulta netamente clara en relación con la negativa a que los Juzgados o Tribunales aprecien de oficio y sin previo aviso a las partes una posible prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, lo cual beneficiaría sin duda a la Administración y terceros que pudieran concurrir con ella. El argumento entrante es la clarividente limitación a la apreciación judicial que realiza el artículo 33.1 de la LRJCA –en relación con el artículo 67.1–. Dicho de otro modo, este se limitará a juzgar dentro del marco de las pretensiones formuladas por las mismas y de acuerdo con los motivos (jurídicos) que estas sostengan. Ello responde al principio de congruencia de las sentencias, que, desde hace tiempo el Tribunal Constitucional viene definiendo como “el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera

⁴⁸⁷ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción...”, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁸⁸ No está reñida esta posibilidad con el principio de congruencia por el que deben regirse las resoluciones del procedimiento administrativo, ya que la aplicación del mismo se encuentra atenuada por las exigencias de interés público, siempre y cuando dichas *cuestiones conexas* se desprendan del expediente. Además, el hecho de que exija la puesta de manifiesto a los interesados para que estos puedan formular alegaciones es una garantía más del respeto del derecho a la defensa de los interesados. En este sentido, véase FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ “La terminación del procedimiento administrativo”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, págs. 1726 y 1727.

pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida”⁴⁸⁹.

En esta línea, una posible apreciación de oficio por parte del órgano jurisdiccional de la prescripción extintiva no opuesta por algunas de las partes podría provocar la existencia de incongruencia *extra petitum*, y así lo ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. Con el objetivo de remover dicho vicio procesal, la jurisprudencia remarca la posibilidad prevista en el artículo 33.2 de la LRJCA, en el sentido de habilitar un cauce para que, en caso de existencia aparente de motivos susceptibles de recurso u oposición, y con advertencia de que no se prejuzga el fallo, se les dé traslado a los interesados para que se posicionen por un plazo común de diez días con las alegaciones que consideren de aplicación⁴⁹⁰. La misma posibilidad se prevé en el artículo 65.2 de la LRJCA para cuando se esté en el acto de vista o en el de conclusiones.

De hecho, la solución dada no viene a ser estrictamente una “apreciación de oficio” por el órgano jurisdiccional de la prescripción, sino una introducción en el proceso por parte del juez de este concreto debate jurídico y sobre el que los interesados deberán posicionarse. Dicha introducción carecerá de efecto alguno –en los términos resueltos por la jurisprudencia hasta el presente momento– en el caso de que, aun existiendo materialmente la prescripción, los interesados no la ratificaran a través de las alegaciones, la oposición o la formulación oportuna, a pesar de la advertencia del organismo judicial. En este hipotético supuesto, aunque remoto, el juez quedaría vetado

⁴⁸⁹ Véase, entre otras, la STC de 25 de septiembre de 2006, núm. 278/2006, Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; o la sentencia pionera del TC de 5 de mayo de 1982, núm. 20/1982, Ponente: Luis Díez-Picazo. Dicha doctrina constitucional divide la existencia de incongruencia procesal de las resoluciones judiciales en tres modalidades: en primer lugar, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce una omisión de valoración de algunas pretensiones introducidas por las partes y no haya lugar al silencio judicial negativo cuya motivación se pueda inducir del conjunto de los demás razonamientos; en segundo lugar, la incongruencia *extra petitum*, caracterizada por pronunciamiento judicial causado al margen de las pretensiones expuestas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes de realizar las oportunas alegaciones con el consiguiente resultado de indefensión por vulneración del principio de contradicción; y en tercer y último lugar, la incongruencia por error, que se da cuando el órgano jurisdiccional –por error– resuelve sobre otra pretensión ajena al planteamiento procesal hecho por la parte actora o la recurrente dejándola sin respuesta.

⁴⁹⁰ Así lo ha aclarado el Tribunal Supremo en sentencias como por ejemplo de 19 de noviembre de 2012 (ROJ 7392/2012), Ponente: Ricardo Enríquez Sancho, que justifica esta solución en la necesidad de que la sentencia se sitúe en el marco del debate introducido por las partes y, es precisamente ese traslado para formular alegaciones que impide dejar al margen a éstas del debate procesal. De igual modo la STS originaria, que es cita de la anterior, de 25 de octubre de 2010 (ROJ 5967/2010), Ponente: Carlos Lesmes Serrano.

En el mismo sentido se ha pronunciado, también a modo de ejemplo, la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2016 (ROJ 7306/2016), Ponente: Fátima Blanca de la Cruz Mera.

La única excepción a todo lo anterior la encontramos en el ámbito tributario, donde el TS ha declarado que se puede aplicar la prescripción de oficio, sin necesidad de que la invoque o excepcione el sujeto pasivo, lo que es aplicable tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional. Por ejemplo, así lo prevé la STS de 15 de diciembre de 2016 (ROJ 5389/2016), Ponente: Rafael Fernández Montalvo o la STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2017 (ROJ 1492/2017), Ponente: Maria Pilar Galindo Morell.

a observar en sentencia la prescripción extintiva, aunque se trate de una cuestión de orden público procesal⁴⁹¹.

III. LA INICIACIÓN DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La primera gran modalidad de incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial que la LPAC incorpora en su Sección 2ª del Capítulo II del Título IV es la iniciación de oficio, o lo que es lo mismo, por la propia voluntad de la Administración, sin que esta se vea interpelada por parte de algún interesado, donde el legislador atina ante una más amplia extensión respecto a la LRJPAC⁴⁹². Los artículos 58, 59, 60, 61 y 62 son los encargados de regular dicha modalidad de iniciación y sus cuatro tipologías: la iniciación por propia iniciativa; como consecuencia de orden superior; por petición razonada de otros órganos; o por denuncia. Y también incorpora la LPAC, por medio del artículo 65, dos especialidades a la iniciación de oficio en los procedimientos de responsabilidad patrimonial relativos a la prescripción extintiva y varias peculiaridades de tramitación para este caso. En cuanto a la prescripción, cabe recordar que, según el tenor literal del propio artículo 65.1 de la LPAC establece que solo se podrá iniciar de oficio un procedimiento cuando no haya prescrito el derecho según el artículo 67. Una cuestión elemental a tener en consideración es que la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial no interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, según como ha sostenido en diversas ocasiones el Consejo de Estado⁴⁹³.

La implantación de esta modalidad de inicio del procedimiento fue motivo de celebración doctrinal en su momento, con la aprobación de la Ley 30/1992⁴⁹⁴. Una línea

⁴⁹¹ La antes citada STSJ de Madrid de 15 de junio de 2016 (ROJ 7306/2016), Ponente: Fátima Blanca de la Cruz Mera, ha manifestado expresamente, tras explicar que el juez de primera instancia no apreció la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad patrimonial de oficio, si bien podía hacerlo previo planteamiento a las partes (en base al artículo 33 de la LJCA), por ser una cuestión de orden público procesal. Ello se encuadra con lo que ya defendía Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, pág. 25, si bien el autor utiliza el argumento de la naturaleza del orden público del plazo de prescripción en el ámbito del Derecho administrativo para justificar la introducción de modulaciones en la institución para así desasimilarla de la prescripción extintiva del Derecho civil, con el que de todas formas compartirá su estructura de base.

⁴⁹² María ZAMBONINO PULITO, "Iniciación del procedimiento administrativo", en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, págs. 1442 a 1444, explica como novedad destacada de la referida extensión el desarrollo (entre los artículos 59 a 62) de las formas en las que se podrá iniciar de oficio el procedimiento administrativo.

⁴⁹³ De esta forma lo ha entendido el Consejo de Estado en sus Dictámenes con núm. 1929/1999, de 22 de julio de 1999, o núm. 1981/1999, de 1 de julio.

⁴⁹⁴ Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, "Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...", *op. cit.*, pág. 92, explicaba además que su inclusión suponía un gran avance siempre que no se quedara en una simple declaración de intenciones y fuera utilizada por la Administración. Más de dos décadas después de escribir dichas líneas, se puede decir que, lamentablemente, en la práctica cotidiana, no suele ser una figura a la que la Administración suele acudir. Sin embargo, como se verá, sí que pueden suceder situaciones al menos curiosas y favorables al ciudadano.

que se sigue en este momento con el ampliado desarrollo –en toda una Sección de la ley– de la modalidad de iniciación, que en su momento fue recibida con los brazos abiertos por la posibilidad de que la Administración investigue, aparentemente al menos, el potencial evento dañoso del que se podría hacer cargo (ya que la regla general es, como antes decía, la simple voluntariedad en la iniciación de oficio, incluso por el mero conocimiento de los hechos sin que estos vayan acompañados de reclamación formal)⁴⁹⁵. Al contrario de lo que pudiera parecer, dado que la redacción del artículo 58 LPAC especifica que los procedimientos administrativos “se iniciarán de oficio” (del mismo modo que ya estipulaba el anterior artículo 69.1 de la LRJPAC), la tónica general es que dicha modalidad sea meramente *potestativa* para la Administración y no de utilización obligatoria como causa del conocimiento de los hechos⁴⁹⁶. Tal magnitud tiene esta voluntariedad que hasta ha provocado la “sorpresa” de algún órgano consultivo cuando la Administración ha iniciado de oficio la tramitación de la responsabilidad patrimonial, como por ejemplo la de la *Comissió Jurídica Assessora*, que en su Dictamen 174/2014, de 8 de mayo, ha calificado de “*força excepcional*” (bastante excepcional) en la práctica esta opción⁴⁹⁷. Ahora bien, la potestatividad en términos absolutos debe quedar a salvo de las excepciones que pudieran derivarse de cada tipo específico de la

⁴⁹⁵ Jesús LEGUINA VILLA, “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y personal a su servicio”, en la obra colectiva codirigida por él mismo juntamente con Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 405 y 406.

⁴⁹⁶ Lo ha aclarado en este sentido la STS de 3 de octubre de 2008 (ROJ 5318/2008), Ponente: Ángel Aguillo Avilés, en un supuesto en que la parte reclamante (y al mismo tiempo recurrente) alegaba –ante la excepción de prescripción– que el Ayuntamiento de Córdoba debía haber iniciado de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial por haberle presentado el interesado un escrito en el que se le exponían los hechos que provocaron su lesión (por caída) pero no se cumplía con los requisitos formales que son exigibles para que el mismo tenga verdadera naturaleza de reclamación de responsabilidad. Expresamente el Tribunal Supremo especificó que “finalmente, porque en el escrito de 7 de septiembre de 2000, el recurrente se limitó a poner en conocimiento de la Administración los desperfectos del acerado, sin que éste iniciara un procedimiento de reclamación patrimonial ni el Ayuntamiento tuviera la obligación de iniciarlo de oficio”.

Igual de clara fue la STS de 28 de junio de 2007 (ROJ 4587/2007), Ponente: Margarita Robles Fernández, al descartar de plano que la iniciación de oficio tenga carácter obligatorio para la Administración cuando recibe una mera reclamación, “sino que establece la posibilidad de iniciación de oficio de aquel procedimiento, sólo si el órgano competente estima que concurren los presupuestos para la responsabilidad patrimonial”.

En el mismo sentido ya apuntaba Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *loc. cit.*, al considerar que en ningún momento se podía entender como obligación la iniciación de oficio para la Administración. Pero ello no implica que no existan voces en contra, como la propia autora señala a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, el cual, según ella, consideraba que por el simple conocimiento de los hechos el órgano administrativo competente debía incoar el procedimiento. De la misma manera parecía entenderlo también la STSJ de Castilla y León de 30 de enero de 2009 (ROJ 3126/2009), Ponente: María Antonia Lallana Dupla, ya que, según la misma, la Administración tenía la carga de iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial por el conocimiento del evento dañoso.

⁴⁹⁷ Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña de 176/2014, de 8 de mayo, sobre la reclamación de indemnización instada por la Sra. A y otros por los daños y perjuicios derivados de la muerte de un familiar a raíz de la asistencia sanitaria prestada por el Hospital B y que atribuyen a una mala praxis médica con motivos de una isquemia.

misma que a continuación se verán –con especial detenimiento en la *denuncia*– y dejando a salvo, igualmente, las circunstancias concretas de cada caso, que pueden perpetrarse a simple vista idénticas o similares, pero ser muy asimétricas en el fondo.

También es necesario, previamente, señalar cuál es el *órgano competente* para iniciar y, generalmente tramitar, el procedimiento de responsabilidad patrimonial dada la constelación de sujetos públicos, privados o mixtos que pueden intervenir en el evento causante del daño. La simple intuición indica que, en efecto, será la Administración territorial que ha provocado el daño o bien la Administración *garante*, de la cual dependen –a través de cualquiera de los múltiples títulos jurídicos posibles– la multitud de otros sujetos pasivos (*brazo ejecutor*) que pueden acompañarla en la tramitación del procedimiento como supuestos responsables o en el proceso como codemandados⁴⁹⁸. Especial énfasis quiero realizar sobre este aspecto en cuanto a la llamada Administración corporativa, ámbito en el que se puede dislocar ligeramente la regla general antes apuntada, y en el que habrá que prestar atención al sistema de delegación de competencias a la misma⁴⁹⁹.

1. A INICIATIVA PROPIA DEL ÓRGANO COMPETENTE

El artículo 59 de la LPAC define este subtipo de modalidad de iniciación de oficio como la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación. Como he apuntado anteriormente, se parte de la regla general de que la Administración, aun conociendo la concurrencia de un eventual suceso dañoso, no está obligada a iniciar los trámites de la responsabilidad. Ahora bien, cabe que nos planteemos si, como apunta ZAMBONINO PULITO, la iniciación de oficio puede venir predeterminada por el propio ordenamiento jurídico que, en casos específicos, por el conocimiento de los hechos y el poco margen de apreciación que este le deja a la Administración, podría verse compelida a iniciar de oficio⁵⁰⁰. El caso que señala la autora es el relativo al ejercicio de determinadas actividades económicas (la de explotación de ganado vacuno) sin la preceptiva licencia, supuesto en el que la STS de 20 de diciembre de 1996 confirmó una STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 1991 por la que el Tribunal vinculaba la inexistencia de margen de apreciación del Ayuntamiento para iniciar el correspondiente procedimiento.

Sin embargo, este es un supuesto genérico y que debe diferenciarse de ámbitos muy específicos como el de la responsabilidad patrimonial. Pero solo en principio. Es

⁴⁹⁸ Véase el epígrafe VI del capítulo 2 de este trabajo, relativo a la legitimación pasiva en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y el impacto que la teoría de la Administración garante puede tener en este aspecto.

⁴⁹⁹ Cuestión que he apuntado en el epígrafe citado anteriormente, relativo a la Administración corporativa como legitimado pasivo.

⁵⁰⁰ María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, op. cit., págs. 1451 a 1457.

cierto que el Tribunal Supremo (como he señalado anteriormente) ha descartado de plano que la Administración deba iniciar de oficio por el mero conocimiento de los hechos, a pesar de que está claro que puede, pero nunca bajo el tono imperativo del “deber”. Ahora bien, ello no impide la existencia de decisiones judiciales más modernas que observen distintas situaciones, que se distinguen por la forma en que la Administración ha tenido conocimiento de los hechos. Y es que no es lo mismo un simple *conocimiento circunstancial* (por ejemplo, conocimiento interno verbal, por la prensa, redes sociales, etc.), que el *conocimiento formal no iniciador* (que será mayoritariamente escrito, bajo los tres siguientes subtipos: por orden superior; por petición razonada de otros órganos; o por denuncia).

El primero de ellos responde a la categoría de iniciación de oficio por propia iniciativa y, como tal, por tratarse de un mero conocimiento circunstancial de los hechos es difícil sostener (conforme la actual redacción de la LPAC) que vincule a la apertura del procedimiento. Otra cosa sucede con el conocimiento formal no iniciador, donde la Administración competente tendrá un menor margen decisorio para iniciar o no. En este caso existe una mayor presión sobre ella, pero sin iniciar fehacientemente el procedimiento de responsabilidad. El motivo puede ser alternativo: bien porque el sujeto que pone en conocimiento mediante un acto más o menos formal a la Administración competente no tiene legitimación activa para iniciar legalmente la reclamación –conforme el artículo 66 en relación con el artículo 67.2 de la LPAC–; bien porque este, aunque sea el propio interesado, no cumple con los requisitos de forma exigidos para iniciar la solicitud. Considero que esta última forma, aunque no iniciadora, conlleva una mayor exigibilidad para forzar a la Administración a iniciar de oficio el procedimiento, aunque también será asimétrica en función de las diferencias radicadas en los tres subtipos que siguen.

Otro elemento de juicio importante a la hora de medir la fuerza de la exigibilidad de iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad –y, por extensión, cualquier otro procedimiento– podría ser la *calidad de los hechos*. No tiene la misma calidad una información conocida a través de rumores que le puedan llegar a los oídos del órgano competente para iniciar el procedimiento que aquella otra en la que además se aporten determinadas pruebas o indicios probatorios sobre el suceso. Por poner algún ejemplo concreto, cabe imaginarse un supuesto en el que, a raíz de la caída de un árbol salen dañados tres vehículos aparcados en la zona de alcance de este. El instructor puede llegar a tener conocimiento de este hecho por varias vías: porque así se lo informa el servicio de bomberos o policía que de bien seguro habrán estado destinados a dar cobertura al suceso; o porque uno de los propietarios de los vehículos afectados ha reclamado responsabilidad patrimonial y ha aportado, entre otros documentos, el atestado policial en el que se pone de manifiesto que también han salido dañados por el mismo hecho otros dos vehículos. En estos casos, la calidad de la información recibida por el órgano instructor dejaría al mismo muy poco margen de apreciación a la hora de

averiguar la identidad de los demás afectados e iniciar el procedimiento de oficio (art. 65.2 LPAC)⁵⁰¹ y, en el caso de estar iniciado por la solicitud de otro interesado, determinar también la acumulación de procedimientos (art. 57 LPAC).

2. COMO CONSECUENCIA DE ORDEN DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

El segundo subtipo de iniciación de oficio es el recogido en el artículo 60 de la LPAC y responde a la orden emitida por el órgano administrativo superior jerárquico del órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial. La idea fuerza es que el espíritu del mismo hunde sus raíces en el principio de jerarquía administrativa⁵⁰² recogido en el artículo 3.1, párrafo primero, de la LRJSP de entre los principios generales de aplicación, y que al mismo tiempo es copia literal del artículo 103.1 de la CE⁵⁰³. Pero sea como fuere, siempre será el órgano competente (en este caso el inferior jerárquico) el que inicie el procedimiento, y no la orden del superior⁵⁰⁴. El artículo 60.2 LPAC prevé que el órgano superior exprese determinadas circunstancias cuando se tratare de procedimientos sancionadores, omitiendo tal apreciación para el supuesto del procedimiento de responsabilidad. Ahora bien, la indicación de circunstancias determinadas y típicas del procedimiento de responsabilidad patrimonial sí que se exige en el supuesto de la iniciación de oficio por petición razonada de otros órganos, de conformidad con el artículo 61.4 LPAC. Una exigencia –el razonamiento– que puede considerarse como tal por la menor capacidad de influencia que otro órgano

⁵⁰¹ En este caso, dicha averiguación de la identidad de los afectados por el hecho dañoso a partir del número de matrícula de los vehículos sería compatible con la normativa sobre protección de datos personales. El tratamiento de los datos es lícito porque cumpliría con, al menos, una de las causas de licitud que prevé el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), en adelante RGPD, según lo dispuesto en el art. 6.1 e): “[e]l tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”.

A la hora de interpretar qué podemos entender por *cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes conferidos al responsable* cabe acudir al art. 8.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), que señala que el tratamiento debe derivarse de una competencia atribuida por una norma con rango de ley. En el caso comentado, la competencia de iniciar el procedimiento de oficio está radicada en el propio art. 65.2 de la LPAC, con lo cual ya se observaría la causa legitimadora de esta averiguación requerida por el RGPD.

⁵⁰² María ALMODÓVAR IÑESTA, “Iniciación del procedimiento administrativo común: clases de iniciación”, en el manual coordinado por José GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; o Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 1864.

⁵⁰³ Los dos artículos señalan que “[l]as Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho”.

⁵⁰⁴ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 1864; María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1460.

administrativo pueda tener sobre el competente, pero que no estaría de más trasladar en la orden del superior jerárquico.

Ahora bien, el supuesto de la existencia de una orden tiene su propio tratamiento jurídico diferenciado. Conviene recordar que el término que ampara dicha posibilidad es la jerarquía administrativa. Ya de antaño SANTAMARÍA DE PAREDES la definía como una “serie de órganos que ejercen el Poder ejecutivo armónicamente subordinados y coordinados, para hacer compatible la unidad con la variedad del mismo”⁵⁰⁵. Dicha unidad, como esencia de la jerarquía, se circunscribe sobre la cimentación del deber de obediencia del subordinado y la potestad del mando del superior, tal y como recordaba el profesor NIETO⁵⁰⁶. Destacaba también uno de los ingredientes nucleares del término el profesor MORELL OCAÑA, que es la noción de *autoridad*, donde “cada nivel o posición de superioridad se torna en autoridad respecto del inferior”, donde el organismo inferior ha de limitarse a construir “el eco de la voluntad y energía del que manda”⁵⁰⁷. La idea natural de la jerarquía se entiende entre órganos de un misma Administración, que guardan una competencia material y escalonada, como consecuencia de la relación piramidal que se conforma en la teoría jurídico-administrativa⁵⁰⁸.

La confrontación de la jerarquía con el orden competencial fijado en el artículo 8 de la LRJSP, por el que se apunta a la irrenunciabilidad y el ejercicio por los órganos administrativos que la tengan atribuida no es tal, ya que sendas previsiones son compatibles entre sí dado que la competencia (para hacer cumplir el mandato del superior) sigue ostentándola el órgano administrativo que tiene dicha atribución. Además, es el artículo 6.1 de la LRJSP el que apunta el hecho de que “los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio”, que, excepcionalmente, se podrán publicar en el boletín oficial correspondiente cuando así lo establezca una disposición específica (artículo 6.2 LRJSP). Estas previsiones suponen lo que NIETO definía como “facultades del superior” que, a la postre, vienen a realizarse como competencias del mismo y que se superponen a las facultades decisorias –de iniciar el procedimiento,

⁵⁰⁵ Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, “Capítulo III del Curso de Derecho Administrativo. 2ª edición. Madrid, 1888”, republicado en *DA*, núm. 229, enero-marzo, 1992, pág. 310. El autor comparaba dicha jerarquía con un árbol genealógico, que se divide por líneas (las ramificaciones “del Poder ejecutivo que enlaza un centro de autoridad con otros inferiores”) y grados (los lugares numéricos “que le corresponde a un determinado centro de autoridad respecto de otro superior, por los intermediarios que entre ambos existen”).

⁵⁰⁶ Alejandro NIETO GARCÍA, “La jerarquía administrativa”, *DA*, núm. 229, enero-marzo, 1992, pág. 28.

⁵⁰⁷ Luis MORELL OCAÑA, “El principio de jerarquía de la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la «fidelitas» personal”, *DA*, núm. 229, enero-marzo, 1992, págs. 67 y ss.

⁵⁰⁸ Manuel BEATO ESPEJO, “Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos”, *DA*, núm. 229, enero-marzo, 1992, págs. 265 y 266. En sentido idéntico Luis MORELL OCAÑA, “El principio de jerarquía de la Administración...”, *op.cit*, pág. 75.

en este caso– del inferior jerárquico; ya que la competencia o facultad del superior crea un deber del dependiente⁵⁰⁹.

Básicamente, la principal respuesta que tiene el superior jerárquico para atajar una posible desobediencia por parte del órgano administrativo subordinado es la actuación por vía disciplinaria, una actuación que es apuntalada vía legislativa como consecuencia del principio de jerarquía previsto en los artículos 103.1 de la CE y 3.1 de la LRSJP en relación con las potestades de mando organizativo del superior previsto en el artículo 6 del texto legal. Ello se desprende *expressis verbis* del artículo 1.3 j) del EBEP, que recoge el guante del principio de jerarquización bajo el término de fundamento de actuación de los funcionarios públicos y personal laboral de las Administraciones Públicas⁵¹⁰. El texto legal del empleado público además ha acogido el artículo 6 de la LRJSP, enlazándolo con los deberes de conducta de los empleados públicos para estipular explícitamente que deberán obedecer “las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores” en su artículo 54.3, so pena de cometer (en el peor de los casos) una falta disciplinaria muy grave⁵¹¹. Parece que, por tanto, en este supuesto nos encontraríamos ante una vinculación directa por parte del órgano competente para iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, muy diferente en cuanto al margen de decisión de este de la simple posibilidad de iniciar de oficio prevista en el artículo 59 de la LPAC. De ahí que, dentro del ámbito del conocimiento formal no iniciador, este quizá sea el más potente de los supuestos, conllevando un verdadero deber de iniciar de oficio⁵¹².

⁵⁰⁹ Alejandro NIETO GARCÍA, “La jerarquía administrativa”, *loc. cit.*, explicaba que “[n]i que decir tiene, además que estas facultades del superior se correspondan sistemáticamente otros deberes de los subordinados (...). Debiendo hacerse constar, en fin, que cuanto a continuación se dice no son variaciones analíticas de una posición elemental básica: *la esencia de la jerarquía (entendida ahora como relación y no como organización) se expresa, ni más ni menos, en una potestad del mando del superior y en un correlativo deber de obediencia del subordinado*”.

⁵¹⁰ Literalmente el artículo 1.3 j) del EBEP prevé como fundamento de actuación la “[j]erarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas”.

⁵¹¹ Cabe señalar que el artículo 95.2 i) tipifica expresamente como falta disciplinaria muy grave la “desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico”.

⁵¹² Sobre la base del terreno perfilado se construye la jurisprudencia del TC relativa a los límites a la libertad de expresión –en el marco de su trabajo– de los funcionarios por razón de su condición. Precisamente, una de las legítimas causas de limitación del ejercicio del derecho fundamental, según el máximo intérprete de la CE, es el grado de jerarquización o disciplina interna, en aras de preservar lo dispuesto en el artículo 103.1 y el buen funcionamiento del servicio público.

Véase por ejemplo la STC de 2 de junio de 2003, núm. 101/2003, Ponente: Javier Delgado Barrio. Aunque es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional ha reiterado en diversas ocasiones, entre ellas, en la citada resolución, que “ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna”. En el caso señalado se trataba de la restricción de la libertad de expresión en favor de la jerarquización de un profesor universitario, ámbito muy específico sobre el que el Tribunal considera “sensiblemente más débiles que los propios de otros cuerpos funcionariales”.

En sentido similar también las SSTC de 22 de octubre de 1985, núm. 141/1985, Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León; de 20 de abril de 1989, núm. 69/1989, Ponente: Fernando García-Mon y González-

Trazado el panorama del mayor peso del mandato del órgano superior y su “imposición” sobre la competencia exclusiva del órgano competente (inferior) y sobre otros derechos del mismo, la duda que surge es la relativa a las medidas que pueden tomarse como consecuencia del incumplimiento por parte del órgano administrativo dependiente encargado de la iniciación. ¿Tiene un poder ilimitado el superior jerárquico? De entrada, la respuesta será que no⁵¹³. La principal limitación al poder de dirección y organización del órgano superior jerárquico lo encontramos dentro del marco de la respuesta disciplinaria ante el incumplimiento, el mismo EBEP prevé el deber de obediencia del superior siempre y cuando sus instrucciones u ordenes no “constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico” (artículo 54.3), en cuyo caso el empleado público deberá ponerlas en conocimiento de los órganos de inspección que procedan. Otra limitación reside en la propia extensión de la naturaleza únicamente de la organización administrativa del organismo competente, sin extenderse, pues, a otras facetas del ámbito de su competencia como por ejemplo el decisorio o declarativo⁵¹⁴.

Por último, considero interesante hacer especial mención a la notable diferencia existente entre la jerarquía que puede haber en la relación interna de una propia Administración o entidad pública y la relación interadministrativa. Básicamente porque en las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas no existe jerarquía como tal, sino que se habla de un paradigma distinto, que es el de lealtad institucional (conforme el artículo 140.1 a de la LPAC). Otros términos utilizados por el mismo artículo son los de adecuación al orden de distribución de competencias constitucionales (punto b), colaboración (punto c), cooperación (punto d) o la coordinación (punto e), entre otros ejercicios relacionales diversos⁵¹⁵. Se extrae rápidamente que los pilares organizativos de nuestro Estado son los relativos a la colaboración, cooperación y

Regueral; de 13 de diciembre de 1993, núm. 371/1993, Ponente: Luis López Guerra; o de 31 de enero de 2000, núm. 29/2000, Ponente: María Emilia Casas Baamonde.

⁵¹³ Manuel BEATO ESPEJO, “Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa...”, aludía a la STS de 27 de noviembre de 1989 (ROJ 6744/1989), Ponente: José María Reyes Monterreal, para advertir sobre los efectos de las instrucciones y circulares: “a pesar del alto grado de dependencia que tales instrumentos acarrearán al subordinado, las potestades del superior no son ilimitadas. El deber de obedecer juega dentro de ciertos límites, como veremos, que condicionan la potestad de mando”.

La citada resolución del TS realiza un control de los límites de una Circular en base al principio de jerarquía que por aquél entonces se recogía en el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo, un principio que debía “constreñirse a materias propias de la organización administrativa del Instituto”, y que en caso de tener cualquier otro sentido o intencionalidad recogidos implicaría una desviación del propio significado y finalidad de la circular.

⁵¹⁴ *Ídem*.

⁵¹⁵ Hablaba Enrique RIVERO YSREN, “Las relaciones interadministrativas”, *RAP*, núm. 80, 1976, pág. 44, de la superación del principio de jerarquía en las relaciones entre las diversas Administraciones Públicas como principio decaído ante criterios más modernos como precisamente el principio de coordinación.

coordinación⁵¹⁶; todo ello en el marco del orden competencial marcado por la propia CE y las leyes derivadas, y con las limitaciones inherentes a esta distribución de competencias⁵¹⁷.

3. A RAÍZ DE PETICIÓN RAZONADA DE OTROS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Con arraigo legal en el artículo 61 de la LPAC, la petición razonada de otros órganos administrativos comprende la tercera modalidad de iniciación de oficio del procedimiento administrativo, una posibilidad que se aleja de la anterior (orden del superior jerárquico) para acercarse más propiamente al concepto de denuncia (debido a su amplitud terminológica), con la salvedad del necesario *razonamiento*⁵¹⁸. Pero a diferencia de la anterior modalidad, la presente se regula con más claridad y además con una previsión expresa en materia de responsabilidad patrimonial.

De entrada, cabe decir que la posibilidad razonada de pedir el inicio de oficio la tiene, en sentido amplio, “cualquier órgano que no tiene competencia para iniciar el mismo”, de lo que se deduce que no necesariamente debe ser inferior al competente para iniciar ni pertenecer a la misma Administración⁵¹⁹. El antecedente a esta petición radica en el conocimiento tenido por el órgano peticionario de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento ya sea por causalidad o por ser un órgano de inspección o con funciones asimiladas.

Aunque se prevea expresamente en el artículo 61.2 LPAC la no vinculación de esta petición al órgano competente, sí que se le atribuye a este la obligación de cumplir con el requisito formal de la motivación en caso de que decida no acordar la iniciación respondiendo a los planteamientos del mismo. La omisión de esta exigencia –si bien no amparada por el principio de jerarquía como anteriormente– puede tener la misma incidencia negativa sobre la culpabilidad administrativa que pudiera tener la omisión de una denuncia. Supuesto para el que me remito al apartado siguiente. Son precisamente estos planteamientos o, mejor dicho, el razonamiento exigido por la LPAC que encuentra su expresa previsión en el punto tercero del artículo 61 de la LPAC. Este prevé que en caso de que se pida razonadamente el inicio de un procedimiento de responsabilidad

⁵¹⁶ En este sentido Luciano PAREJO ALFONSO, “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, *RAP*, núm. 174, 2007, pág. 167.

⁵¹⁷ Apuntaba Arturo FONTANA PUIG, “Las relaciones interadministrativas en la Ley reguladora de las bases de régimen local”, *REALA*, núm. 235-236, 1987, pág. 654, al principio de respecto de las CCAA para gestionar los intereses regionales o comunitarios y a la Administración General del Estado con referencia a los intereses generales, mientras que las Entidades locales gozan de una alta autonomía para la gestión de los intereses locales o provinciales, con los límites de no rebasar las competencias atribuidas a otra Administración, todo ello de conformidad con el artículo 137 de la CE.

⁵¹⁸ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 1864, consideran que más que de una “petición” se trata de una cuestión más cercana a la denuncia, diferenciándose únicamente en lo relativo a la necesidad de razonar en el caso de la petición.

⁵¹⁹ María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1461 a 1463.

patrimonial, ésta deberá tener el contenido relativo a los presupuestos materiales de la institución, esto es: la individualización lesional producida en una persona o grupo de personas; el nexo de causalidad de esta con el funcionamiento del servicio público; su evaluación económica (solo en caso de que fuera posible); y el momento de su producción.

4. DE RESULTAS DE UNA DENUNCIA: UNA RAZÓN DE PESO PARA INCOAR

La figura regulada actualmente en el artículo 62 de la LPAC se postula como una figura de gran tradición en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, definida por la propia ley como “el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”. La actual definición guarda una estrecha conexión con el entendimiento de la categoría por parte de la doctrina tradicional, de la que, de conformidad con GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, se pueden extraer tres consecuencias⁵²⁰. En primer lugar, en ocasiones la denuncia puede constituirse como un deber y en otras como una simple facultad⁵²¹. En segundo lugar, no debe responder necesariamente el poner en conocimiento de una infracción administrativa o penal (*notitia criminis*), aunque sí es habitual que así sea y que el marco de presencia de esta gire –en Derecho administrativo– en torno al procedimiento sancionador⁵²². Y, en tercer lugar, puede realizarla “cualquier persona”, sea empleado público o particular⁵²³.

⁵²⁰ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, loc. cit.

⁵²¹ Existen muchos ámbitos en los que denunciar determinados hechos, con la finalidad de poner en conocimiento determinadas situaciones a las autoridades competentes se erige como una obligación legal (y no solo moral), sin perjuicio del deber cívico general de denunciar delitos de carácter público del artículo 259 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). De modo ejemplificativo, la obligación de todos los ciudadanos que tuvieran conocimiento de una situación de maltrato, riesgo o desamparo de menores; de falta de escolarización; o de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores (art. 13 LOPJM). Mayor exigibilidad tendrá este deber cuando la persona que conoce de los hechos lo hace por razón de su profesión o función.

Asimismo, sobre la evolución del concepto de denuncia en nuestro ordenamiento jurídico, a raíz del impacto del Derecho de la UE, véase Andrea GARRIDO JUNCAL, “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *REALA*, núm. 12, octubre-marzo, 2019, págs. 131 y 132.

⁵²² Sobre el papel de la denuncia en el procedimiento sancionador véase, a modo de ejemplo, José GARBERÍ LLOBREGAT y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, “Las formas de iniciación del procedimiento administrativo sancionador común (artículos 58 a 63 de la LPAC”, en la obra coordinada por ellos mismos, *El procedimiento administrativo sancionador*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, consulta electrónica.

⁵²³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, loc. cit., hablan de funcionario, concepto que debe entenderse extendido al término genérico del empleado público, del que a su vez derivan los funcionarios, de un lado, y el personal laboral de otro. Pero los autores realizan un análisis que merece la pena ser explicado. De un lado especifican que en caso de ser el particular el que denuncia (tanto si cumple un mandato legal como si lo hace voluntariamente) estaremos ante el ejercicio privado de funciones públicas. Pero las denuncias realizadas por un

Sin mayor abundamiento sobre la teoría general de la denuncia, el planteamiento inicial debe responder a la averiguación del rol de esta en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que, salvo en supuestos delictivos cometidos por agentes de la administración⁵²⁴ –supuesto en el cual jugaría, como mínimo, el deber general de denuncia del artículo 259 LECrim– se trata de una situación donde rige el principio de voluntariedad de informar. Además de ello, es habitual en la práctica legislativa que la denuncia no otorgue derecho procedimental alguno al denunciante, ya que la misma no confiere por sí sola la condición de interesado en el procedimiento (art. 62.5 LPAC). Así también lo han señalado los tribunales y la doctrina (mayoritariamente) en relación con la iniciación de oficio de la responsabilidad patrimonial, por cuanto sugieren que la denuncia no obliga a la Administración a dar curso a la tramitación del procedimiento⁵²⁵, salvo la mayor exigibilidad de motivación cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de la Administración con notificación a los denunciantes (art. 62.3 LPAC).

Sin embargo, y sin perjuicio de la realidad que supone lo anterior, que ello sea así es altamente criticable, al menos en el ámbito en el que nos movemos. Existen situaciones en las que es irreprochable el valor que la denuncia puede tener, ya que –salvo actos de mera delación– el denunciante suele tener afectación en algún derecho subjetivo o interés legítimo que le empuje a poner en conocimiento determinados hechos a la Administración⁵²⁶, tal y como sucede en supuestos de comunicación de

funcionario son de dos clases: funcionarios que tienen atribuidas facultades de inspección; y funcionarios sin funciones de inspección pero que formulan denuncia en su condición de funcionarios públicos.

⁵²⁴ Agentes de la Administración en sentido amplio, es decir aquel en que concurre la cualidad de legitimado pasivo para responder bajo el instituto de la responsabilidad administrativa.

⁵²⁵ Por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 2008 (ROJ 5318/2008), Ponente: Angel Aguallo Avilés; o STS de 28 de junio de 2007 (ROJ 4587/2007), Ponente: Margarita Robles Fernández; ambas citadas en las páginas precedentes.

Del mismo modo lo apuntan César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento administrativo común”, en el libro dirigido por Clara VELASCO RICO, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 104; Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 471; o María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 201.

En el mismo sentido Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *loc. cit.*, al considerar que en ningún momento se podía entender como obligación la iniciación de oficio para la Administración. Pero ello no implica que no existan voces en contra, como la propia autora señala a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, el cual, según ella, considera que por el simple conocimiento de los hechos el órgano administrativo competente debía incoar el procedimiento.

Aunque la posición es discutida, tal y como sostiene Felio José BAUZÁ MARTORELL, “La denuncia en el anteproyecto de ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”, *DA*, núm. 2, enero-diciembre, 2015, pág. 5, al criticar, entre otras cosas, que el estatuto jurídico del denunciante sigue siendo fruto de la labor interpretativa del operador jurídico, “renunciando el legislador a una magnífica oportunidad de clarificar la posición del denunciante en el procedimiento, sus derechos y obligaciones”.

⁵²⁶ Felio José BAUZÁ MARTORELL, “La denuncia en el anteproyecto de ley de procedimiento administrativo...”, *loc. cit.*, apunta la falta de novedad alguna en el anteproyecto de la LPAC (y ahora se puede extender, lamentablemente, a la ley definitiva), en cuanto al estatuto jurídico del denunciante, sin

eventos dañosos. En esta línea señalaban GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO que “no resulta fácil establecer la distinción entre el simple denunciante y el denunciante interesado, lo que exigirá del intérprete un esfuerzo nada liviano cuando se vea en la necesidad de razonar la adscripción del denunciante a una u otra categoría”⁵²⁷.

Es exponente de esta (novedosa) situación la STJ de Extremadura de 31 de marzo de 2016⁵²⁸. La resolución conoció de un supuesto de responsabilidad patrimonial por caída en la acera pública en el que la interesada comunica por escrito al Ayuntamiento que, en un determinado día, en determinado lugar, cayó en una zanja existente en la calle, a lo que la Corporación le instó a que se dirigiera a la dueña de la calle, al tratarse de una calle privada. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Mérida entendió que la interesada carecía de legitimación porque el escrito inicial lo dirigió una tercera persona; además de que la respuesta del Ayuntamiento no fue una resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y que, por tanto, no había una actuación administrativa impugnada. Lejos de aplanarse, el TSJ consideró que la comunicación de aquella tercera persona no era una cuestión de legitimación, sino que tenía la naturaleza de denuncia de unos determinados hechos susceptibles de provocar una responsabilidad del municipio y que lo procedente hubiese sido la iniciación de un procedimiento de oficio. Ahora bien, además de la anterior argumentación, el hecho que provoca la postura del Tribunal es que la interesada (no en sentido estricto) había reclamado ya en vía civil (demanda que había sido inadmitida por ser competencia del orden contencioso-administrativo) y, consecuentemente, junto con los escritos dirigidos a la Administración, ésta había tenido varias oportunidades de pronunciarse sobre la pretensión indemnizatoria. Esta última postura, como he apuntado anteriormente, no suele ser valorada por los tribunales, sino que por esta razón (y similares) suelen inadmitir el recurso contencioso-administrativo por inexistencia de actividad

perjuicio de que “ostente derechos subjetivos e intereses legítimos que sí le otorguen por razones obvias la cualidad de interesado”.

También resulta interesante traer aquí a colación las esclarecedoras palabras que formulaba Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. 1, IEF, Madrid, 1998, pág. 109, en relación con la legitimación en el procedimiento administrativo: “nadie, en efecto, se toma la molestia – que lo es, y grande– de participar en un procedimiento...si no hay en él un interés real y efectivo en el objeto y el resultado de ese procedimiento. El hecho mismo de hacerlo evidencia que ese concreto sujeto se ha destacado ya por propia voluntad del grueso de los simples ciudadanos que contemplan pasivamente el espectáculo de la vida pública cotidiana y esa acción de destararse del común, rompiendo la inercia de la pasividad, merece por sí sola un reconocimiento social: el de admitir el interés que le mueve y considerarlo bastante para estar legítima su presencia y participación en el procedimiento, siquiera sea a los efectos de formular alegaciones, proponer pruebas y aportar elementos de juicio susceptibles de contribuir a una correcta decisión”.

⁵²⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op.cit.*, Tomo II, pág. 1856.

⁵²⁸ STSJ de Extremadura de 31 de marzo de 2016 (ROJ 290/2016); Ponente: Elena Concepción Méndez Canseco.

administrativa impugnables⁵²⁹. Pero retomando el caso comentado, desde el plano jurídico, la sentencia razona dicha decisión en base a la *concepción superadora del prejuicio revisor*, consistente en entender que la jurisdicción contencioso-administrativa no es meramente revisora, sino plena, de manera que es suficiente con que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido, aunque no lo haya hecho desde el plano formal (esto es, siguiendo a rajatabla el procedimiento)⁵³⁰. Dicha postura encuentra su justificación *in origine* en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el extremo, que, desde el artículo 24.1 CE, tiene defendido que la jurisdicción contencioso-administrativa (y, por extensión, la sombra que de ésta planea sobre el procedimiento administrativo) “ya no puede ser concebida como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los interesados”⁵³¹.

⁵²⁹ Supuesto acontecido, entre otras, en la STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2016 (ROJ 1682/2016); Ponente: María Luisa Pérez Borrat. Se trata de un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria en el que la reclamante plantea directamente recurso contencioso-administrativo. Eso sí, previamente ya había planteado una demanda civil, orden que aún incompetente para conocer este tipo de acciones, se pretendía hacer valer como una especie de reclamación administrativa previa por cumplir la finalidad de la vía administrativa: poner en conocimiento de la Administración dicha voluntad de reclamar para que ésta pueda decidir. La reclamante comparaba con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reclamación administrativa previa a la vía social, donde rige la atemperación del requisito (que, en la práctica, en muchas ocasiones, se traslada a su exención). Sin embargo, el TSJ simplemente desestima el recurso esgrimiendo la falta de actividad administrativa susceptible de impugnación, de conformidad con el art. 51.1 de la LRJCA.

⁵³⁰ Esta concepción refiere a una línea tomada por el Tribunal Supremo, como por ejemplo la STS de 29 de junio de 2002 (ROJ 4837/2002); Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate, que es la que cita la comentada STSJ de Extremadura. En concreto, esta sentencia sostuvo que “[e]sta concepción superadora del prejuicio revisor había sido abiertamente acogida por esta Sala del Tribunal Supremo, que, en sus Sentencias de 2 de julio y de 7 de noviembre de 1994, 20 de enero y 6 de febrero de 1996, 27 de febrero, 10 de mayo, 9 de octubre y 24 de marzo de 2001 ha declarado que la jurisdicción contencioso-administrativa no es meramente revisora sino plena, de manera que basta el hecho de que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido, aunque no lo haya efectuado por razones formales, para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, deba el Tribunal resolver el fondo del asunto, una vez desestimados los obstáculos formales, siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello, pues la naturaleza revisora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede quedar condicionada por el contenido del acto, objeto de impugnación, porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que a ésta encomienda el artículo 106 de la Constitución”.

Dicha doctrina ha sido aplicada, entre otras (también en temas distintos a la responsabilidad patrimonial), en la STSJ de Madrid de 20 de enero de 2017 (ROJ 325/2017), Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos; la STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 (ROJ 12329/2016), Ponente: Ignacio del Riego Valledor.

⁵³¹ STC de 25 de septiembre de 1995, núm. 136/1995; Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.

En el mismo sentido –y expresamente señalando a la anticuada concepción del carácter estrictamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa–, las SSTC de 27 de abril de 2010, núm. 29/2010, Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; o del mismo día, núm. 25/2010, Ponente: Javier Delgado Barrio.

Nos encontramos, por tanto, ante la incisión de aquella vieja doctrina que empezó a dar sus primeros pasos en la Francia de la mitad del siglo XIX, por la que, a partir de la *sage lenteur* (sabia lentitud) del *Conseil d'État*, se le requería al recurrente una *qualité pour agir*, que se entendía como aquella legitimación consistente en un interés como mera exigencia de seriedad. Precisamente es esto lo que puede explicar el impulso y –razonable– fuerza que la denuncia puede tener en el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial (que, a la postre, es más que una mera puesta en conocimiento; puede ser toda una *declaración de intereses*). Cuando sea lo segundo, caso en el que nos encontraríamos ante el que antes llamábamos “denunciante interesado”, se abriría la puerta a la aplicación de la anterior doctrina de la superación del prejuicio revisor para que el juez cumpla –en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA– con “la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad, solo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal primaria, en su integridad”⁵³². Por tanto, la comentada sentencia del TSJ de Extremadura aporta una visión de enjuiciamiento que, lamentablemente, no siempre es compartida por nuestros tribunales ya que la regla general, como vengo diciendo, es la no obligatoriedad de la iniciación. Así, por poner algún ejemplo más, en otros supuestos se ha valorado que presentar una hoja de reclamaciones (que, al fin y al cabo, se podría decir que es una puesta en conocimiento de determinado hecho con un fin claro: reclamar), no vincula a la Administración a iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial, con expreso descarte de la teoría que se ha venido explicando⁵³³. Pero no por ello debe considerarse que la STSJ de Extremadura es una decisión enclavada en una realidad paralela (o idílica), ya que, en el ámbito de la materia, la posición de cierta jurisprudencia menor ha apuntado –con buen criterio–, precisamente, en esta dirección⁵³⁴. Pero queda mucho por recorrer.

⁵³² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, RAP, núm. 179, mayo-agosto, 2009, pág. 181.

Dicha concepción más amplia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha tenido una gran acogida en la doctrina. Véase, a modo de ejemplo, Raúl BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 32; Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, “Revisión de la categoría de acto administrativo a la luz de la evolución de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”, *RJCL*, núm. 26, enero, 2012, págs. 16 y ss.; o Elisa MOREU CARBONELL, “El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en la obra colectiva coordinada por Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO, *Estudio de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, *op. cit.*, págs. 64 y 65.

⁵³³ SAN, de 19 de julio de 2013 (ROJ 3566/2013), Ponente: Javier Bermudez Sánchez.

⁵³⁴ Otro caso muy parecido a la STSJ de Extremadura comentada, fue la STSJ de las Islas Baleares, de 10 de diciembre de 2012 (ROJ 1419/2012), Ponente: Alicia Esther Ortuño Rodríguez; en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por una ciudadana del municipio de Santa María del Camí tras ser arrollada por un corredor que participaba en una carrera ciclista enmarcada dentro de unos festejos de las fiestas patronales del municipio. La víctima no planteó reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa, pero sí que se dirigió contra el Ayuntamiento en un proceso penal y posteriormente en un proceso civil, con lo que éste tuvo un conocimiento cabal de la petición de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y de los requerimientos resarcitorios de la reclamante. En consecuencia, en aplicación

Y, finalmente, de todo lo anterior se puede desprender que la iniciación de oficio como consecuencia de denuncias o, menos formalmente aún, puestas en conocimiento, de determinados hechos que pudieran provocar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no solo es una posibilidad que los dirigentes públicos puedan tomar como conducta de buena práctica administrativa, que ya de por sí debería tener su génesis –entre otros preceptos – en el artículo 41 de la CDFUE (derecho a una buena administración)⁵³⁵; sino que, en vista de determinada línea jurisprudencial (aunque esto no es pacífico, tal y como he podido señalar en páginas anteriores), la denuncia se realiza como un instrumento a caballo entre la iniciación de oficio y la reclamación formal. Por la simple razón de que esta subcategoría de la primera constituye un antecedente de peso como para *vincular* a la Administración a iniciar. Los efectos de ello se hallan en que, tal y como vengo sosteniendo, en algunas ocasiones se desplaza la regla general de la tramitación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial previo y, el afectado puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa de forma directa, sin necesidad de acto administrativo previo (art. 25.1 LJCA, *lato sensu*)⁵³⁶. Ahora

también de la concepción superadora del prejuicio revisor, por lo que no admitió la petición de inadmisión del Ayuntamiento (y demás codemandados) esgrimiendo que “el Ayuntamiento demandado tenía noción con antelación no sólo de la intención de reclamar, sino también de los elementos básicos en que se articulaba la acción, cumpliéndose de esta manera la finalidad perseguida del conocimiento y el pronunciamiento previo de la reclamación”.

De modo asimilado, la STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2014 (ROJ 1348/2014), Ponente: Francisco Javier Zatarain Valdemoro; en un caso de responsabilidad patrimonial por *mobbing* en la Universidad de León, señaló que “lo que no puede desconocer la administración demandada es que recibiendo una determinada solicitud, cualquiera que sea su contenido, si ésta es formalmente defectuosa, o muy defectuosa, pero permite entender cuál es el problema o solicitud se le traslada, su deber inexcusable de tramitar la misma y resolver sobre lo solicitado, siempre congruentemente. Y que tal resolución se notifique al interesado. No en vano, nuestro procedimiento administrativo está sometido al principio de impulso de oficio (artículo 74 de la Ley 30/1992)”. En su alegato, sigue el Tribunal amparándose en el principio *pro actione* en conexión con la tutela judicial efectiva del artículo 21 CE también en el ámbito procedimental; con el principio de antiformalismo del proceso judicial (y por extensión, del procedimiento) bajo la doctrina del TC; para acabar señalando la doctrina jurisprudencial del TS de la superación del prejuicio revisor previa advertencia de que “los requisitos formales no son un fin en sí mismo, sino un instrumento para la mejor administración de justicia y, en consecuencia, para la tutela judicial efectiva, no debiendo erigirse en simples obstáculos sin sentido de este principio constitucional”.

⁵³⁵ Es justo también destacar que existen estos supuestos, en los que las Administraciones se avienen a iniciar *ex officio* procedimientos de responsabilidad patrimonial por denuncias de los afectados, de sus allegados, o de terceras personas como por ejemplo sucedió en el supuesto que conoció el Consejo Consultivo de Extremadura en su Dictamen núm. 330/2012, de 10 de mayo de 2012; supuesto en el que se inicia como consecuencia de denuncia por parte de un Médico de Atención Primaria y una Matrona, por varios casos de muertes perinatales de niños en el Hospital de Coria; así como el Dictamen núm. 176/2014, de 8 de mayo de 2014, de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña por el que se inicia de oficio el procedimiento de responsabilidad por Resolución del director gerente del Instituto Catalán de la Salud, en tener conocimiento por parte de la compañía aseguradora, que los familiares de una paciente anunciaron su voluntad de exigir la acción directa contra la aseguradora; o el Dictamen núm. 246/2016, de 2 de septiembre de 2016, del Consejo Consultivo de Canarias, por el que se inició de oficio el procedimiento por el Ayuntamiento como consecuencia de una denuncia presentada por el hijo de la lesionada (por caída en la vía pública) en la Policía Local.

⁵³⁶ Javier GARCÍA LUENGO, “La doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia actual”, en la obra colectiva coordinada Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y

bien, estas situaciones deben quedarse a salvo de la actuación oscura de determinados interesados, ya que no servirá acudir a estos supuestos en aquellas ocasiones en las que se presenten escritos con la finalidad de interrumpir el plazo de prescripción (sin mediar voluntad real, aunque errónea, de iniciar un procedimiento); o de aquellos casos en que se presentan demandas ante órganos *manifiestamente* competentes (más teniendo en cuenta que en estos casos ya está presente, al menos, un Abogado; con lo cual el deber de diligencia exigida incrementa). Sobre estos extremos, me remito a las páginas anteriores relativas a la prescripción.

Lo que sí me veo obligado a destacar es la necesidad de que la iniciación de oficio y, con más razón cuando esta trae causa de una denuncia, se vea potenciada en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Esta afirmación trae causa en dos ideas-fuerza. La primera, en línea con la transparencia o el gobierno abierto. Una de las mejores maneras de fiscalizar el funcionamiento de un servicio público cuando este haya causado un estrago es mediante una investigación de oficio iniciada por la propia Administración en la que, además, exista la posibilidad de que, si se dan las causas legales, las víctimas puedan verse indemnizadas. Desde un segundo plano, también se facilita con la iniciación de oficio el ejercicio del derecho constitucional recogido en el art. 106.2 de la CE, que, en muchas ocasiones, los potenciales interesados pueden desconocer.

5. LA INTERVENCIÓN DE LOS PRESUNTOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO

Por último, el artículo 65.2 de la LPAC regula –como especialidad– un guía sobre cómo llamar a los presuntos interesados para los casos en los que se incoa la tramitación de responsabilidad patrimonial de oficio. Más que nada, esto se postula como un breve protocolo legal de actuación, dirigido a la Administración. Y dispone que el acuerdo de iniciación del procedimiento se notifique a los particulares presuntamente lesionados y se les conceda un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. Además, la instrucción del procedimiento será obligatoria, aunque los presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.

IV. LA INICIACIÓN MEDIANTE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La solicitud de responsabilidad patrimonial (art. 67.2) se regula por parte de la LPAC como una verdadera *reclamación*, hecho que implica que el nivel de exigencia e insistencia es holgadamente más incrementado que el de una simple solicitud (art. 66). Aunque pueda ser indiferente el *nomen iuris* que los operadores jurídicos le otorguen

Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia...*, op. cit., pág. 1231, incluso va más allá señalando que la expresión “jurisdicción revisora” debería ser desterrada de nuestro ordenamiento jurídico, porque no necesariamente debería identificarse con el sistema de contar con un acto administrativo previo como requisito procesal o de agotar la vía administrativa.

(solicitud, reclamación, instancia, petición, etc.)⁵³⁷, lo que inmediatamente se observa con la simple lectura de la ley, es que a la acción de responsabilidad patrimonial se la formaliza como un instrumento más cercano a la demanda judicial –aunque nos encontremos en vía administrativa– que a la simple solicitud administrativa. Lo anterior se da, de un lado, porque además de los requisitos formales generales de la solicitud (art. 66), el artículo 67.2 LPAC exige el cumplimiento de requisitos adicionales para la correcta iniciación por esta vía, que luego veremos. De otro lado, la esencia de este procedimiento radica en el hecho de su propia naturaleza, *especial* (pese a la minimización legal), lo que se traduce en la mayor exigibilidad (tanto formal como de fondo) que comporta la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no configurarse como una mera verificación de documentación (en cumplimiento de determinados requisitos), como por ejemplo lo puede ser una expedición de licencia, sino que el procedimiento de responsabilidad patrimonial es un proceso decisorio complejo. La complejidad se explica porque la Administración (juez y parte) debe enjuiciar unos hechos a la luz de los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial (arts. 67.2 LPAC y 32 LRJSP) y, al final, decidir. Tal y como hemos observado en el Capítulo anterior, en dicho procedimiento pueden desembocar una multitud de actores, desde una pluralidad de reclamantes hasta una pluralidad de posibles responsables, además de la Administración. En dicho procedimiento se practicará prueba, alegaciones y demás incidentes que por las circunstancias del caso sean necesarios con todos y cada uno de los participantes (tanto en la posición pasiva como activa). Y, en muchas ocasiones, lo tramitado en el procedimiento será la guía de actuación del juez contencioso-administrativo, por el hecho de que lo practicado en vía administrativa constituirá la base de la batalla judicial.

1. LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: LA TENSIÓN ENTRE LA EXIGENCIA DE UNA SOLICITUD ROBUSTA Y EL PRINCIPIO ANTIFORMALISTA CARACTERÍSTICO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El procedimiento de responsabilidad patrimonial a solicitud del interesado se inicia mediante la reclamación formal dirigida a la Administración responsable del ámbito competencial en el que se produce el evento dañoso. Por tanto, y, dicho de otro modo, es el acto procedimental por el que se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión. Dicha reclamación debe reunir los requisitos formales de los artículos 66 y 67.2 de la LPAC, sin los que no estaríamos ante una verdadera reclamación con fuerza suficiente para obligar a la Administración a iniciar, sin perjuicio de lo dispuesto en el epígrafe anterior. Dicho de otro modo, la reclamación (solicitud), que es un acto petitorio dirigido a un poder

⁵³⁷ La petición en el sentido no jurídico de la palabra, ya que no se debe confundir con aquellas peticiones de carácter graciable, que no se fundan en un derecho subjetivo o norma habilitante previa, tal y como explica María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 208-209.

público, debe contener los elementos configurados por la legislación procedimental para que el escrito pueda superar el trámite de admisión⁵³⁸.

Lo que se traduce en que, por regla general, deberán contener varios datos (art. 66.1): nombre y apellidos del interesado o interesados⁵³⁹ (y, en su caso, del representante); identificación del medio electrónico o lugar físico en que desea que se practique la notificación; hechos, razones y petición en que se concreta, con toda claridad, la solicitud; lugar y fecha; firma o acreditación válida; y órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su código de identificación (que se puede solicitar en las oficinas de asistencia en materia de registros; o encontrar en la sede electrónica de la Administración). La previsión de los “hechos, razones y petición” (art. 66.1 c) que ha de concretarse en la solicitud, debe integrarse con la previsión del artículo 67.2 LPAC en tanto exige detallar la relación fáctica de los requisitos materiales de la responsabilidad, esto es: las lesiones producidas; la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público; la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial (si es posible); y el momento de producción de la lesión. Asimismo, se deberá acompañar a la reclamación de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de los que el reclamante se pretenda valer. Como se observa, no es muy distante –salvando las distancias– dicho contenido del que el artículo 399 de la LEC prevé para el contenido de la demanda procesal⁵⁴⁰. Por tanto, estos requisitos constituyen toda una formalización de la reclamación de responsabilidad patrimonial (parecida a la demanda procesal); y con más razón si le sumamos el hecho de que, cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso obligatorio por los interesados (art. 66.6 LPAC); lo que,

⁵³⁸ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op.cit., Tomo II, pág. 1856.

⁵³⁹ Recuérdese que el artículo 66.2 permite que, en caso de haber una pluralidad de personas con un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, ya que, además, las normas específicas del procedimiento de responsabilidad patrimonial no disponen lo contrario ni otra cosa. Eso sí, debe tenerse en cuenta que la individualización del daño, su valoración económica y prueba (art. 67.2 LPAC y 32 LRJSP) deben ser personalizadas para cada uno de los intervinientes en caso de haber divergencias. Véase el capítulo 1 de este trabajo.

⁵⁴⁰ Establece expresamente el artículo 399.1 LEC que “[e]l juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida”.

Debo advertir, antes de seguir avanzando, que me refiero a los requisitos formales como aquellos necesarios para que la Administración se vea forzada a iniciar el procedimiento a instancia del solicitado, y no de oficio; ya que no debe confundirse la reclamación *strictu sensu* con la iniciación de oficio en base al conocimiento de los hechos por la Administración (aunque este conocimiento haya sido fruto de la declaración de voluntad reclamatoria del lesionado).

en toda regla es una previsión endemoniada, y más en el ámbito de la reclamación de responsabilidad patrimonial; precisamente por su complejidad⁵⁴¹.

De hecho –abriendo un inciso– es habitual hoy en día encontrar en diversas sedes electrónicas de las Administraciones modelos normalizados electrónicos o, directamente, trámites electrónicos de presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial con los campos (obligatorios) a rellenar. Dichos campos (en ocasiones, limitados), pueden carecer de utilidad si no se mide bien la diversidad. De reclamaciones de responsabilidad puede haber de muchos colores, así como de demandas, con múltiples vicisitudes complicadas de predecir. Sería difícil imaginar la LEC, la LRJCA, la LRJS o la LECrim imponiendo un modelo normalizado de demandas o escritos judiciales. Las leyes procesales se dedican, más bien, a establecer unos parámetros (requisitos formales), como lo son los previstos en el artículo 399 de la LEC. Y estos requisitos de forma también se observan, de modo similar, en el artículo 66.1 de la LPAC. La solución más simple (incluso menos compleja y, seguramente, más económica para la Administración) es en este caso copiar el funcionamiento electrónico judicial, habilitando la posibilidad de adjuntar un escrito (normalmente en formato PDF) y sus respectivos documentos, pero en ningún caso obligando a utilizar un modelo normalizado.

Sin más precisiones sobre el artículo 66.6 de la LPAC (cerrando el inciso), es necesario plantearse si las formalidades antes apuntadas (arts. 66.1 y 67.2 LPAC) acaban, de un modo u otro, con el llamado principio de antiformalismo (*in dubio pro actione*) del procedimiento administrativo común. Es decir, aquel principio según el cual los requisitos procedimentales (y procesales) deben interpretarse en sentido más favorable para facilitar el pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, por tanto, intentar atenuar los obstáculos que pueden encontrarse bajo la modalidad de los requisitos de forma⁵⁴². Sin abundar demasiado sobre estos extremos en el presente apartado, porque dicha cuestión entronca con un epígrafe posterior, sí debo anticipar que las formalidades no

⁵⁴¹ Así ha calificado (endemoniada) la citada previsión Ricardo RIVERO ORTEGA, “La estructura del procedimiento administrativo: principales novedades en la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, en el libro colectivo dirigido por María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI), Granada, 2016, pág. 307, al sostener –acertadamente– que se trata de un cambio en perjuicio de los interesados. Ello supone extremar las exigencias de cumplimiento de requisitos de forma en la presentación de solicitudes, pudiendo las Administraciones –en caso de aplicar estrictamente dicho artículo– inadmitir o excluir su tramitación por cuestiones electrónicas, en contra de principios como *in dubio pro actione*.

⁵⁴² A mayor abundamiento, véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El principio antiformalista de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 57, 1968, págs. 185 y ss; o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 15ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2017, págs. 498 y 499.

pueden ser una mera excusa para inadmitir⁵⁴³, aunque tampoco suponen un desprecio a las formas procesales, lo que ha apuntado en varias ocasiones el TS:

“(…) antiformalismo [que] no supone desprecio de las formas procesales sino preocupación por evitar que algo que está pensado para garantizar que la tutela judicial sea verdaderamente eficaz se transforme en valladar irracional e irrazonable que impida alcanzarla (...)”⁵⁴⁴

2. LA SUBSANACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En el campo procedimental, como no podía ser de otra forma, a modo de efecto derivado del principio *pro actione* (que, como se puede observar, rige en múltiples campos procedimentales)⁵⁴⁵ elaborado por la jurisprudencia del TC, rige el deber de la Administración de observar la posibilidad de subsanación de los requisitos formales omitidos si fueran subsanables, dando la oportunidad al interesado a realizar una integración⁵⁴⁶. Esta previsión es configurada como el paso intermedio, de obligado cumplimiento, entre la incoación del procedimiento (acceso) y la inadmisión por el incumplimiento de formalidades (manifiestas) de la solicitud. Igual que en el ámbito procesal, el órgano administrativo debe llevar a cabo una ponderación de los actos procedimentales, con aplicación del principio de proporcionalidad, entre el defecto cometido y los efectos de éste; procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto. Ello responde a la reiterada doctrina del TC, que orbita sobre la efectividad de la tutela judicial efectiva y, asimismo, con efectos sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial en tanto en cuanto presupuesto procesal; pero no solo. Por tanto, ante la encrucijada de la fase intermedia (admisión o inadmisión de la reclamación) siempre debe prevalecer con mayor fuerza la posibilidad de subsanar; bajo una alta esfera de ponderación de los defectos y su incidencia en la finalidad, y en

⁵⁴³ Sobre la necesaria vigencia del principio de antiformalismo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 140. Aunque aclara el autor que el Consejo de Estado, en su Dictamen 44/1994, de 17 de marzo, (máximo exponente del antiformalismo) admitió hasta un escrito con un resumen de gastos. Ahora bien, matiza (lo que ya hemos visto en las páginas anteriores de este trabajo, en especial, en lo relativo a la denuncia) que no todo tipo de medio es idóneo para iniciar el procedimiento de responsabilidad (como por ejemplo el telegrama).

⁵⁴⁴ Por todas, las SSTS de 12 de julio de 2006 (ROJ 4176/2006), Ponente: Margarita Robles Fernández; o de 9 de abril de 2007 (ROJ 2767/2007), Ponente: José Manuel Sieira Míguez.

También, entre otras, las SSTSJ de Galicia, de 21 de septiembre de 2017 (ROJ 5846/2017), Ponente: José Manuel Ramírez Sineiro; o de Castilla y León de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5999/2015), Ponente: Rafael Antonio López Parada.

⁵⁴⁵ Como ponía de manifiesto Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, págs. 95 a 97, en cuanto a requisitos procesales como la falta de postulación, legitimación, requisitos formales varios, plazos, etc.

⁵⁴⁶ Esta es la vieja doctrina del TC, que, enmarcada dentro del ámbito procesal (igual que el propio principio *pro actione*), tiene su traslado en el ámbito procedimental si cabe, con mayor fuerza. Dicha doctrina se puede encontrar, entre muchas otras, en las SSTC de 12 de febrero de 1996, núm. 18/1996, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; de 23 de mayo de 1994, núm. 159/1994, Ponente: Pedro Cruz Villalón; de 20 de mayo 109/1991, Ponente: Eugenio Díaz Eimil; o de 8 de mayo de 1984, núm. 57/1984, Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.

atención al deber de diligencia administrativa que, en mi opinión, debe tener su trasfondo en el razonamiento decisorial⁵⁴⁷.

Pues bien, lo anterior (en parte) tiene su plasmación legal en el trámite de subsanación aplicable al procedimiento objeto de estudio regulado en el artículo 68.1 y 68.4 LPAC, una plasmación que, sin embargo, no ha suscitado demasiada simpatía doctrinal por su estancamiento con respecto a la LRJPAC⁵⁴⁸. En primer lugar, el art. 68.1 dispone que si la solicitud no reúne los requisitos comprendidos en los artículos 66 y 67, la Administración deberá requerir al interesado para que, en un plazo de diez días (ampliable por cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales [art. 32.1 LPAC]⁵⁴⁹; aunque eso sí, se trata en cualquier caso de un plazo único, preclusivo y no fungible⁵⁵⁰), subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos. En cuanto a estos documentos, la jurisprudencia tiene establecido que no puede requerir cualquier documento, sino solo aquellos que son necesarios para instruir y resolver el procedimiento, y que no obren ya en su poder o hayan sido elaborados por éstas [en relación con lo dispuesto en el art. 53 d) LPAC].

Finalmente, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21 LPAC. Esto último se traduce en que la Administración dictará (en la práctica) una resolución de *archivo* del procedimiento por desistimiento, indicando los hechos producidos y las normas aplicables (art. 21.1, párrafo segundo, LPAC), lo que, en

⁵⁴⁷ La mencionada doctrina se resume de forma clarividente, y por todas, en la STC de 5 de mayo de 2000, núm. 108/2000, Ponente: Pablo García Manzano; en tanto habla de la citada ponderación (defectos-finalidad) como que “debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales en las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”.

También en este sentido resulta interesante la STJS de Castilla y León de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5999/2015), Ponente: Rafael Antonio López Parada, en tanto en cuanto señala que “hemos de entender que ha de existir una proporcionalidad que gradúe los incumplimientos, sin que la falta de solicitud en plazo puede tener unas consecuencias tan graves como la declarada”.

⁵⁴⁸ Ricardo RIVERO ORTEGA, “La estructura del procedimiento administrativo: principales novedades...”, *op. cit.*, pág. 308, apunta a los escasos cambios de la regulación a excepción de la posibilidad de subsanación electrónica (art. 68.4 LPAC).

Va más allá, sin embargo, María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble”, en Cuadernos de Derecho Local (QDL), núm. 42, octubre, 2016, pág. 22, criticando la gran oportunidad perdida del legislador de introducir la mejora que urgía y que la propia jurisprudencia había señalado.

⁵⁴⁹ María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1482 a 1486.

⁵⁵⁰ De esta manera lo ha señalado María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 25, al sostener que no se podrá subsanar los defectos documentales de una solicitud en vía de recurso, por así haberlo resuelto la SAN de 10 de mayo de 2006 (ROJ 1913/2006), Ponente: Ernesto Mangas González. La apuntada sentencia viene a decir que la falta de algún documento (entiéndase preceptivo), no puede soslayarse mediante el otorgamiento de un nuevo plazo de subsanación, por no contemplarlo así la LRJPAC (ahora LPAC).

puridad, no es una inadmisión de la reclamación, ya que esta tiene otra fuerza (no es un desistimiento tácito, como sí la falta de subsanación), sino que constituye la carencia de alguno de los elementos formales necesarios que impide incoar el procedimiento una vez precluido el trámite de subsanación, pero que también impide desestimar sobre el fondo⁵⁵¹.

Ahora bien, hay que parar mientes en que no todos los defectos son subsanables⁵⁵². En este sentido, y a raíz del art. 68 LPAC, la vieja doctrina jurisprudencial del TS diferencia en dos los supuestos en los que la Administración debe requerir al administrado para subsanar⁵⁵³: de un lado, cuando la solicitud de iniciación no reúne los requisitos del art. 66 LPAC, supuesto en el que no caben los defectos substantivos; y de otro lado, cuando en la solicitud no se acompañan “los documentos preceptivos”, lo que quiere decir –contrariamente– que cuando los documentos de los que carezca la solicitud no tengan carácter de preceptivo no será necesaria subsanación alguna⁵⁵⁴. Lo último significa que la Administración tampoco podrá inadmitir (caso en el que nos encontraríamos precisamente ante unos documentos preceptivos y será necesario requerimiento de subsanación), sino que se trata de aquellos documentos que refuerzan, *a fortiori*, la posición material de los interesados.

A. La subsanación como mecanismo de verificación de lo estrictamente formal y la necesidad de evitar su desnaturalización

Aunque no pretendo realizar una enumeración apriorística de los diversos supuestos de lo subsanable y de lo insubsanable – por su imposibilidad –, ello no es óbice

⁵⁵¹ Así lo sostiene también María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, págs. 25 y 26, sobre la base jurisprudencial, que, además, apunta que cualquiera de las dos soluciones serían un acto de trámite cualificado y recurrible autónomamente por impedir la continuación del procedimiento.

⁵⁵² María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 23, lo advierte con vehemencia: “[u]no de los errores más comunes es considerar que todos los defectos de que adolece una solicitud son susceptibles de ser subsanados”.

⁵⁵³ Por todas, véase la STSJ de Andalucía de 11 de febrero de 2016 (ROJ 2628/2016), Ponente: José Santos Gómez.

⁵⁵⁴ El hecho de que no sea un deber de la Administración pedir la subsanación de aquellos documentos no preceptivos (sino una mera posibilidad), lo señala, a modo ejemplificativo, la STSJ de Castilla y León de 14 de enero de 2000 (ROJ 92/2000), Ponente: María Begoña González García.

María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *loc. cit.*, advierte que no debe emplearse el término “preceptivos” con aquellos documentos en los cuales los interesados fundan su derecho, esto es, los que sean constitutivos de la pretensión deducida. Dicho de otro modo, y trasladado al ámbito de la responsabilidad patrimonial, serían aquellos documentos de acreditación de los presupuestos materiales del artículo 32 de la LRJSP.

Así, véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 30 de diciembre de 2013 (ROJ 14123/2013), Ponente: Beatriz Galindo Sancristán; que “no estamos en un supuesto en que la solicitud de inicio del expediente no reuniera los requisitos necesarios o acompañase los documentos preceptivos, sino de una resolución dictada en base precisamente a la valoración de los presentados y el hecho de que dicha valoración sea desfavorable a los intereses del actor, no puede determinar la infracción del precepto señalado, pues no estamos ante un supuesto en el que se precisara la subsanación de defectos de la solicitud”.

para mencionar alguna situación destacable⁵⁵⁵. En el punto de partida coincido plenamente con lo apuntado por GALLARDO CASTILLO en tanto en cuanto señala uno de los errores de más entidad de la necesidad de subsanar, que es “el de determinar cuándo nos encontramos en presencia de un defecto formal o de un defecto substantivo a los efectos de considerarlo o no subsanable”⁵⁵⁶. Tiene su relevancia por cuanto lo primero obligará a la Administración a requerir de subsanación, mientras que lo segundo no solo es potestativo para la misma, sino que su carencia puede implicar una posterior desestimación sobre el fondo del asunto. Ahora bien, lo anterior se podría excepcionar en alguna de las situaciones que apunta CIERCO SEIRA al criticar varias posturas tendentes a apreciar la posible inutilidad de la subsanación como paso previo a la inadmisión cuando se esté ante causas de inadmisión de corte substantivo como la carencia manifiesta de fundamento o la existencia de precedentes contrarios⁵⁵⁷. Me interesa realizar una breve pincelada en torno a estas dos causas, marco procedimental en el que sendas deberían pasar un filtro de razonamiento esencial. Me explicaré.

De un lado, la interpretación escrupulosa de las inadmisiones substantivas por motivo de “carencia manifiesta de fundamento” puede producir con facilidad el efecto contrario en la interpretación de una de sus partes nucleares: el vocablo “manifiesta”. Es decir, que el mismo se interprete con holgada facilidad por el empleado público al que le corresponda la personificación del órgano competente para iniciar el

⁵⁵⁵ Voy a señalar algunos supuestos en los que la subsanación puede entrar en juego:

En primer lugar, la fecha de la solicitud. Su ausencia, en opinión de María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *loc. cit.*, no es un requisito formal de relevancia y, por ende, ni siquiera merece activar el trámite de subsanación. Ello tiene sentido por cuanto en todo caso quedará acreditada la fecha del registro, que es la determinante.

En segundo lugar, elementos como la acreditación de la representación, la firma, el lugar o la concreción del objeto de la solicitud son elementos susceptibles de subsanación.

En tercer lugar, son más problemáticos los supuestos de omisión de los datos identificativos del interesado y del domicilio de notificación o medio del mismo. En el primero de los casos, será complicado si a la Administración no le consta o sea imposible la comprobación del documento de identificación y así no pueda verificar el domicilio (María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *loc. cit.*); a no ser que de la documentación que se adjunta a la solicitud ello pueda deducirse (en este sentido véase la SAN de 1 de octubre de 2015, ROJ 3381/2015, Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo). Y, de otro lado, en el caso de la subsanación de la omisión del domicilio, o, mejor dicho, la manera de requerir al administrado para que subsane, suscita dificultades que, según Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op.cit.*, Tomo II, pág. 1878, pueden solucionarse de los modos siguientes: a) Requerimiento efectuado en el momento de la presentación (que hoy en día, como es *ex ante*, es una de las soluciones más efectivas, sobre todo en la Administración electrónica); b) Requerimiento simultáneo en tablones de edictos; c) o en publicaciones oficiales.

En cuarto lugar, lo dispuesto en el artículo 14.1 LRJSP convierte en innecesaria la subsanación en caso de error en la indicación del órgano al que va dirigida la solicitud (María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *loc. cit.*).

En quinto lugar y, por último, debo apuntar lo que recuerda María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 214, que por vía de la subsanación no procede alterar sustancialmente la solicitud inicial hasta el punto de convertirla en una nueva solicitud y tampoco hacerlo fuera del plazo de subsanación.

⁵⁵⁶ María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 24. Véase también la nota anterior.

⁵⁵⁷ César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 270.

procedimiento. La realización de un “análisis de fondo” *ad limine litis* puede resultar, al menos, peligroso bajo esta perspectiva. No lo hacen los Letrados de la Administración de Justicia en la verificación de los requisitos procesales de la demanda, por clamorosa que sea la carencia de fundamento (limitándose ello a la probable condena en costas por sentencia⁵⁵⁸), y, no lo deberían hacer los órganos iniciadores del procedimiento⁵⁵⁹. De otro lado, lo mismo sucede con “la existencia de precedentes contrarios”, donde el término “precedente” (en casos sustancialmente iguales)⁵⁶⁰ no siempre será pacífico. Y, como en el supuesto anterior, la actuación basada en la *comodidad* que supone apreciar igualdad cuando a lo mejor hay mera semejanza, en la mayor parte de casos se va a interponer al razonamiento analítico (un trabajo un tanto más complejo)⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Lo habitual es, por tanto, que en sede judicial se resuelva sobre el fondo ante la carencia manifiesta o clamorosa de fundamento (la llamada temeridad procesal), aunque ello suponga la condena en costas. Es ejemplo de ello la SJCA de Lleida de 1 de septiembre de 2014 (ROJ 1691/2014), Ponente: María Ángeles Llopis Vázquez; en la que se apreció por la juzgadora temeridad procesal por la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración una vez ya se había cobrado de la aseguradora pretensión que provocaría el enriquecimiento injusto del reclamante. La STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2009 (ROJ 2270/2009), Ponente: José Luis Quesada Varea; en la que el recurrente, invocando superfluamente el artículo 24 CE, solicitaba al TSJ que la satisfacción extraprocesal de su pretensión no finalizara por archivo del procedimiento, sino por sentencia, ya que ello –según el recurrente– cerraba la posibilidad a solicitar, posteriormente responsabilidad patrimonial al Estado.

⁵⁵⁹ Ahora bien, debo señalar que esta solución es simplemente una translación analógica al procedimiento de lo acontecido en sede judicial si se pretende que la vía administrativa previa en la materia sea realmente efectiva y, a lo sumo, útil. Porque si la intención es simplemente frenar cualquier intencionalidad reclamatoria de los interesados, el debate apuntado carecería de sentido porque, sencillamente (a efectos prácticos), nada diferenciaría una inadmisión o una desestimación si la tramitación que conduce a esta última decisión es superflua, estandarizada y meramente obstaculizadora.

⁵⁶⁰ En el caso de los precedentes, Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo, op. cit.*, pág. 160, señalan que, para su correcta invocación desde la perspectiva de los administrados, “la jurisprudencia viene exigiendo los siguientes requisitos: que exista una relación de identidad o semejanza entre el caso litigioso y el invocado a título de precedente; que no exista una razón de interés público relevante que justifique un cambio de criterio; y que el precedente alegado sea ajustado a Derecho”.

⁵⁶¹ A modo ejemplificativo, el TC conoció de un asunto en el que se produjo precisamente este desvarío de aplicar con excesivo rigor la figura de la inadmisión por la causa de existencia de precedentes. El recordatorio que le hizo el Tribunal al órgano jurisdiccional que inadmitió es patente del peligro que supone instalarse en la comodidad de esta causa: “Las resoluciones judiciales impugnadas resultan por ello irrazonables, puesto que las decisiones de inadmisión adoptadas por la Sala parten de unas premisas inexistentes: las inadmisiones decretadas se basan exclusivamente en la supuesta igualdad sustancial de los recursos inadmitidos con otros recursos desestimados en el fondo por sentencia firme, pero el simple análisis de las Sentencias de referencia que se invocan por el órgano judicial permite comprobar que no concurre la pretendida igualdad. Como hemos tenido ocasión de señalar en otro lugar, ‘no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas’ (STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 5)”. Vid. STC de 20 de noviembre de 2006, núm. 327/2006, Ponente: Manuel Aragón Reyes.

Otro supuesto similar al anterior, podría ser, entre muchos otros, la STSJ de Andalucía de 13 de julio de 2015 (ROJ 9129/2015), Ponente: Rafael Toledano Cantero; que apreció temeridad del recurrente por repetir “una y otra vez los mismos argumentos, bajo distintas estrategias procesales que no suponen sino reproducir cuestiones que están resueltas por Sentencias judiciales, no solo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, sino también rechazadas en las vías de impugnación de las mimas

La improcedencia de una inadmisión en estos supuestos implica, al mismo tiempo, que no proceda tampoco la subsanación conforme el artículo 68.1 LPAC, porque, de lo contrario, se provocaría la desnaturalización del trámite. Ya que, tal y como señala CIERCO SEIRA, la subsanación “se orienta a reponer los defectos o errores que condicionan la admisión de la solicitud, no la estimación de la pretensión deducida. Su cometido es el de levantar los obstáculos que oprimen la eficacia propulsora de la solicitud. Por esta razón, no puede emplearse, a no ser que se altere su significación para integrar elementos que hayan de utilizarse en el juicio sobre la estimación o desestimación de la pretensión”⁵⁶².

Pero el panorama se difumina más en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por cuanto los requerimientos específicos del artículo 67.2 LPAC suponen la imbricación en la solicitud de una serie de relatos fácticos y jurídicos que acercan dicha reclamación a la demanda, muy a pesar de la innecesariedad legal de asesor jurídico del administrado. En relación con lo anterior, cabe precisar la problemática que puede suponer para el particular expresar todos los elementos citados (la lesión en sentido jurídico, la relación de causalidad, la valoración económica, etc.), con lo cual lo anterior no debería convertirse en un pretexto fácil para inadmitir⁵⁶³.

Ahora bien, en mi opinión, se debe desmarcar este artículo de lo subsanable, a excepción de que la solicitud sea notoriamente ininteligible en su relación fáctica y jurídica. Esta afirmación merece una explicación más profunda para alcanzar sentido. Precisamente nos debemos inspirar en la demanda judicial (art. 399 LEC). Así, en relación con un supuesto de acceso a la jurisdicción, la STS de 23 de octubre de 2015 sostuvo que “para acordar la inadmisión del proceso, sobreseimiento del pleito, en los casos de demanda defectuosa, (...) el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor”⁵⁶⁴. Si esta idea fue predicada en un proceso en el que se acudía bajo asistencia Letrada; cómo no vamos a aplicarlo, *a fortiori*, en la vía administrativa, donde no es preceptiva su postulación. En este orden de cosas, considero que no es recomendable inadmitir o, simplemente archivar, una reclamación porque la Administración detecte que, por ejemplo, el reclamante no aporta documento alguno que acredite, al menos

de que ya se ha mencionado”. Pues bien, aún lo dicho, lo que sí es de apreciar de la citada sentencia es el hecho de que su respuesta (de fondo) –pese a lo señalado– es dignamente razonada y motivada, sin resumirse a dar una mera respuesta por remisión.

⁵⁶² César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *loc. cit.*

⁵⁶³ De este modo lo apunta también Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 176, con la que coincido plenamente, en tanto en cuanto afirma que es de esperar que este precepto no se convierta en excusa para inadmitir los escritos de iniciación, “pero este riesgo existe, aunque solo sea porque el artículo 68, por su ubicación sistemática, proporciona un buen argumento para estas inadmisiones”.

⁵⁶⁴ STS de 23 de octubre de 2015 (ROJ 4513/2015), Ponente: María del Pilar Teso Gamella; en un supuesto en el que se discutía la importancia de los requisitos objetivos de la demanda (como escrito forense que es) porque el recurrente, al interponer la demanda contencioso-administrativa, por un error material, copió una pretensión (el llamado “suplico”) de otro escrito procesal.

indiciariamente, la existencia del nexo de causalidad entre la lesión por la que se reclama y el funcionamiento del servicio, ya que en ocasiones el principio de facilidad probatoria provoca la alteración de la carga probatoria⁵⁶⁵. Si ya en el proceso es poco recomendable –salvando las distancias– menos lo será en el procedimiento (donde, reitero, no es preceptiva la asistencia de asesor jurídico). Por esta razón tampoco debería ser necesario el requerimiento de subsanación de la reclamación (en los estrictos términos del 68.1 LPAC), sin perjuicio de que el interesado realice una mejora de la solicitud (art. 68.3); o ya en fase de instrucción aproveche la posibilidad de alegar o aportar documentos u otros elementos de juicio (art. 76.1); o la propia Administración abra un período de prueba por no tener por ciertos los hechos alegados –por tanto, no tenerlos acreditados– por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija (art. 77.2). De hecho, la actuación en principio más acorde al espíritu antiformalista y de impulso de oficio de la instrucción y, en cierto modo vinculante porque lo prevé expresamente la LPAC, es acudir a este último artículo.

⁵⁶⁵ Tengo para mí que dichas apreciaciones son más complejas y no susceptibles de análisis en la fase de admisión porque, tal y como sucede en la faceta probatoria, puede corresponderle a la propia Administración si es necesaria la inversión de la carga de la prueba por facilidad probatoria. Considero conveniente citar, a modo de ejemplo, la STSJ de Galicia de 12 de julio de 2017 (ROJ 5309/2017), Ponente: Fernando Seoane Pesqueira; en la que ante la falta de acreditación de la relación de causalidad entre la lesión producida en sede sanitaria y la mala praxis médica el tribunal, como cuestión previa señaló que “[p]ara apreciar la concurrencia de uno y otro requisito el apelante prescinde de las pruebas periciales practicadas y expone un relato, sin base probatoria que lo apoye”. Pese a ello, el tribunal recordó que en el supuesto objeto de enjuiciamiento “está la Administración sanitaria obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011), porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación (STS de 19 de septiembre de 2012, RC 8/2010)”.

En un sentido similar, también la STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2017 (ROJ 2673/2017), Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos; bajo un alegato que merece la pena transcribir: “este Tribunal en la administración del principio de la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras”.

Este supuesto es un ejemplo exponencial del por qué no debe considerarse, en mi opinión, que el artículo 67.2 de la LPAC (salvo en lo relativo a la acreditación de la lesión), es una formalidad susceptible de análisis *ad limine*, sino que es una cuestión de corte substantiva.

El posicionamiento que aquí defendiendo lo ha apuntado con anterioridad Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, trabajo en el que explica que una vez “dirigida una reclamación a la Administración en solicitud de indemnización por perjuicios derivados de una actuación administrativa, la comprobación de que debe encauzarse mediante un procedimiento específico distinto del general y la verificación de que no concurren las condiciones legales precisas para que el Estado indemnice, no puede concretarse en una declaración administrativa de inadmisibilidad sino en un pronunciamiento desestimatorio”.

Pero otra cosa sucede con la especificación de las lesiones producidas, pero no en sentido estricto “especificación”, sino más bien hablaría aquí de “acreditación del daño” (no de la lesión en sentido jurídico). El citado requerimiento, si lo tomamos en la segunda acepción que he apuntado sí podría ser justa causa de inadmisión en caso de que ello se vincule con la falta de legitimación *ad causam* del reclamante. Si no hay lesión, no hay objeto. Si no hay objeto, no hay vínculo jurídico entre el interesado y la causa de pedir. Y consiguientemente, no hay legitimación; ejemplo por excelencia de los tipificados motivos de inadmisión tanto en el art. 116. b) de la LPAC como en el art. 51.1 b) de la LRJCA. En base a ello, dado que sería causa de inadmisión, la acreditación de la misma *a limine* es imprescindible. Y, por tanto, su carencia sí requeriría subsanación ex art. 68.1 LPAC. Pero debo insistir en el hecho de que lo que sería susceptible de subsanación en este caso es la *falta de acreditación documental*. Por tanto, en ningún caso lo sería la carencia de legitimación en sí, ya que esta o se tiene o no⁵⁶⁶.

B. La subsanación por medios electrónicos

En segundo lugar, el artículo 68.4 regula la *subsanación electrónica* para los sujetos obligados (arts. 14.2 y 14.3 LPAC), consolidando como obligatorio el requerimiento a estos intervinientes procedimentales para presentar electrónicamente la solicitud que inicialmente presentaron de forma presencial⁵⁶⁷. Pese a la adecuación de esta previsión, lo realmente preocupante es la cláusula de cierre del artículo en tanto prevé que, a estos efectos, “se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación”.

En mi opinión, es un error. Esta previsión puede incitar un obrar instructor contrario a la esencia misma de la *subsanación*, que no deja de ser el otorgamiento de una posibilidad real de corregir las deficiencias que puedan contener el escrito o su forma de presentación sin ningún efecto negativo. Sobre todo, en este caso concreto, serían problemáticos aquellos supuestos en los que estén en juego intereses como por ejemplo el plazo de prescripción de la acción. Así, una eventual presentación de la reclamación de responsabilidad dentro del plazo de subsanación, pero fuera del plazo de prescripción de la acción (cuando el escrito inicial se encontraba dentro del mismo),

⁵⁶⁶ En este sentido, la STS de 10 de noviembre de 2015 (ROJ 4860/2015), Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso.

⁵⁶⁷ El artículo 14.2 y 3 de la LPAC prevé los siguientes sujetos obligados para relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones: a) las personas jurídicas; b) las entidades sin personalidad jurídica; c) quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro del colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles; d) quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; e) los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración; f) y finalmente, los que así se establezca reglamentariamente por las Administraciones en razón de tratarse de colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

puede dar lugar a la inadmisión por extemporaneidad de la acción. Sin embargo, en los pocos años desde la aprobación de las nuevas leyes, la jurisprudencia ha tenido la ocasión de salir al paso de este precepto y matizar los efectos que tendría su aplicación textual. Uno de los argumentos de peso utilizados para desterrar la previsión final del art. 68.4 LPAC ha sido la vulneración del principio de confianza legítima y el principio que prohíbe a la Administración ir contra sus propios actos. En este sentido está claro que, si la Administración otorga al interesado el plazo de diez días para subsanar la presentación de un escrito acudiendo a la vía electrónica, es contradictorio que, presentado el escrito tal y como se indica en el requerimiento de subsanación, luego se diga que es extemporáneo. Y otro de los argumentos aducidos por esta línea jurisprudencial, es el que ya he avanzado: la finalidad de la subsanación, como principio clásico y tradicional del derecho administrativo es precisamente subsanar. En base a ello, no puede inadmitirse por extemporáneo una vez el interesado ha hecho frente a la subsanación⁵⁶⁸.

Es cierto, sin embargo, que, en la mayoría de estas decisiones, los escritos subsanables a los que se hacía referencia no respondían a *solicitudes de iniciación de los procedimientos*, sino que se trataba de escritos presentados en el marco de la instrucción de este o recursos contra resoluciones. Es relevante este hecho porque el art. 68 de la LPAC se ubica dentro del Título IV, Sección 3ª, relativa a la iniciación del procedimiento a solicitud del interesado. Por tanto, en principio sería aplicable a las reclamaciones de responsabilidad presentadas por los interesados, pero no a los demás escritos presentados con posterioridad a la incoación del procedimiento. Ahora bien, no es menos cierto que el argumento basado en la localización del precepto puede venir complementando a los anteriores, como argumento *a fortiori*; puesto que la esencia de la subsanación y los principios de confianza legítima y la prohibición de ir contra los propios actos pueden operar autónomamente en lo que respecta a este supuesto. La eventual inadmisión por extemporaneidad también podría ir en contra los principios constitucionales más básicos aplicables al ámbito del procedimiento (como el *derecho a la defensa*, arraigado en el art. 24 CE) o el propio principio *actio nata* que se encuentra tan presente en el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

C. El incumplimiento del deber de ofrecer la posibilidad de subsanar por parte de la Administración

De incumplir la Administración el deber de conceder un plazo de subsanación conforme lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC, el efecto jurídico sería la invalidez del procedimiento en su modalidad de vicio de anulabilidad (art. 48 LPAC) y no de

⁵⁶⁸ En este sentido, se puede acudir a la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2019 (ROJ 2546/2019), Ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez; STSJ de Madrid de 13 diciembre de 2018 (ROJ 13483/2018), Ponente: Rafael Botella García-Lastra; o la STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2018 (ROJ 13107/2018), Ponente: Rafael Villafañez Gallego.

nulidad de pleno derecho (art. 47 LPAC)⁵⁶⁹. La justificación se halla en que, en el momento en el que la Administración entienda que el órgano encargado de iniciar (y tramitar) el procedimiento no dispone de los requisitos necesarios, debe dar la oportunidad al reclamante para subsanar dichos defectos que puedan ser objeto de rectificación. No vale de guardar silencio para rechazar luego la reclamación bajo el pretexto de un defecto documental sobre el que nada se dijo en el primer momento ni con posterioridad, situación que forma la convicción en el interesado de que sus documentos no merecían reproche alguno⁵⁷⁰. En consecuencia, no puede la Administración en estos casos ni inadmitir ni desestimar sin previo requerimiento de subsanación⁵⁷¹.

Como consecuencia de la anulabilidad, lo que *a priori* implicaría una hipotética declaración judicial de la misma, es la retroacción de las actuaciones. Retroceso que se traduce en volver a la vía administrativa para que la Administración corrija el defecto de la falta de subsanación y, de este modo, si es posible, resuelva sobre el fondo. Pero es notorio que, en base al principio de economía procesal, los Juzgados y Tribunales suelen ser ellos mismos los que se pronuncian sobre el fondo, evitando la prolongación innecesaria del conflicto. En mi opinión, así debe ser, aunque la cuestión no es pacífica jurisprudencialmente.

3. LA MEJORA VOLUNTARIA DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

De otro lado, el artículo 68.3 LPAC contiene la posibilidad de que, en aquellos procedimientos iniciados a instancia de parte, esta modifique o mejore voluntariamente los términos de aquella. Si esto se produjera, se levantará acta sucinta y se incorporará la misma al procedimiento. En este supuesto, y a diferencia de la rigidez procesal, el administrado podrá modificar sustancialmente lo pedido e incluso cambiar los propios fundamentos contenidos en la reclamación. La doctrina viene apuntando que este trámite de mejora se prevé como una mera posibilidad, al indicar el citado precepto que la Administración “podrá hacerlo”, no está obligada a ello⁵⁷². Así también lo ha dispuesto la STS de 4 de marzo de 2014 al estipular que lo que contiene este precepto (en referencia a su antecesor de la LRJPAC) es una *facultad*, que difiere del deber de la Administración de requerir la subsanación, y “en él no se contiene ninguna obligación para ésta de promover la mejora, de suerte que ninguna consecuencia invalidante se

⁵⁶⁹ SAN de 20 de julio de 2015 (ROJ 2871/2015), Ponente: Francisco Díaz Fraile; o la STSJ de Madrid de 28 de julio de 2016 (ROJ 9644/2016), Ponente: Sandra María González de Lara Mingo.

⁵⁷⁰ En este sentido es diáfana la SAN de 24 de septiembre de 2015 (ROJ 3346/2015), Ponente: Isabel García García-Blanco.

⁵⁷¹ María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, págs. 214 y 215. En caso de inadmitir, ello conformaría un acto de trámite cualificado, lo que sería recurrible autónomamente por impedir la continuación del procedimiento, según señala la autora.

⁵⁷² María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El principio *pro actione* y la subsanación de solicitudes”, AA (La Ley), Tomo 1, núm. 11, 1-15 junio, 2010, pág. 11.

sigue para el caso de que no ejerza lo que para ella es solo una facultad”⁵⁷³. Es natural dicho posicionamiento porque, a diferencia de la subsanación, la mejora voluntaria no planea sobre requisitos exigidos imperativamente por un procedimiento marco, sino simplemente sobre cuestiones que, en caso de modificar, pueden beneficiar al interesado en la resolución final.

Lo dicho implica plantearse la incidencia que tiene lo anterior en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que no es poca. Cabe pensar en el supuesto en el que el interesado solicita en su reclamación (formalmente correcta y, por tanto, objeto de llana admisión) una cuantía inferior a la que, en realidad, tendría derecho. Según la regla resolutive anterior, la Administración no estaría obligada a instar al interesado a que mejore su solicitud, sino que sería una mera posibilidad a la que esta podría acudir en caso de entender que la reclamación puede ser estimada *a priori*, de forma prudencial (y que en ningún caso puede afectar negativamente al interesado)⁵⁷⁴. Lo que procede es deambular por los resquicios de este precepto (que, aunque es claro en su falta de imperatividad) para recomendar su replanteamiento en aras de la preservación de principios generales que rigen para las Administraciones Públicas como el “servicio efectivo a los ciudadanos” [art. 3.1 a) LRJSP]; “responsabilidad por la gestión pública” [art. 3.1 f) LRJSP]; o la “buena fe” y “confianza legítima” [art. 3.1 e) LRJSP]. Más en concreto, el artículo 20.1 de la LPAC impone a los agentes administrativos el deber de adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el “ejercicio pleno de los derechos de los interesados” o el respeto a sus “intereses legítimos”⁵⁷⁵. Lo que esto conlleva es que, si el interesado solicitara menos de lo que podría pedir efectivamente, la Administración (en el marco de la tramitación procedimental) estará “obligada” (por la imperatividad del citado artículo), a fomentar el correcto *ejercicio (pleno)* de los derechos de estos, es decir, llevado al caso que nos interesa, a instar al interesado a mejorar su reclamación siempre que ello sea posible y no dudoso.

V. LA INADMISIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

⁵⁷³ STS de 4 de marzo de 2014 (ROJ 801/2014), Ponente: Segundo Menéndez Pérez. También en el mismo sentido la SAN de 3 de noviembre de 2016 (ROJ 4212/2016), Ponente: Ana Isabel Resa Gómez o la STSJ de Galicia de 6 de julio de 2016 (ROJ 5809/2016), Ponente: José Ramón Chaves García.

⁵⁷⁴ Pero aún si la Administración lo hiciera, debe apuntarse (por obvio que sea) que también esta solicitud de mejora para el interesado es voluntaria y, por tanto, facultativa, no pudiendo obligar la Administración al mismo en sentido de entender que si este no mejora se le asocia el efecto del desistimiento y consiguiente archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En este sentido, véase la STSJ de Andalucía de 11 de diciembre de 2015 (ROJ 15204/2015).

⁵⁷⁵ Más en concreto, el artículo 53.1 f) de la LPAC establece que los interesados tienen derecho a “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”. En este precepto parece ser que la información no es solamente fruto de una posición activa del interesado (es decir, que este pida información), sino también pasiva, en cuanto comprende el término “orientación”, que es un concepto más amplio que implica dirigir o encaminar a alguien. Por tanto, también en el caso en el que se observe (manifiestamente) que su solicitud es parca.

La controvertida figura de la inadmisión, que encuentra su origen primigenio en el proceso judicial, en palabras de CIERCO SEIRA, no es más que “una forma de dar respuesta a una pretensión que se ventila a través de un procedimiento jurídico”⁵⁷⁶. La sombra que siempre ha venido acompañando a la inadmisión es la alta confusión jurídica que produce. Ello es debido a las muchas incidencias que en torno a la figura pueden acontecer –tal y como hemos podido observar en epígrafes anteriores– y su escasa regulación. Se trata de un trámite en el que no se otorga al reclamante una respuesta sobre el fondo del asunto, sino que llanamente, la Administración se limita a verificar las causas adjetivas (formales) de inadmisión y, de concurrir alguna de ellas, rechazará (*a limine* o, incluso, *in fine*) la pretensión. Y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 88.5 de la LPAC, que prevé que la Administración podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, objeciones que deben interpretarse restrictivamente, como ya he apuntado en el epígrafe anterior y como también se verá a continuación. Aunque su naturaleza jurídica sea de *acto de terminación* porque, al fin y al cabo, pone fin al procedimiento, debo introducirlo en el presente capítulo a causa de la incidencia negativa que puede tener sobre la fase liminar del procedimiento.

1. REFLEXIONES PREVIAS EN TORNO A LAS BONDADES Y, ESPECIALMENTE, LOS PELIGROS DE LA INADMISIÓN

El trámite de inadmisión es reivindicado como una figura que tiene una doble faceta en cuanto a su utilidad, lo que resumiré de forma muy breve en el presente apartado⁵⁷⁷. En el plano de lo ventajoso, cabe destacar que es una figura que se perfila como: a) un instrumento de aseguramiento de la economía procesal; b) un filtro para evitar la masificación de asuntos; c) un guardián de los posibles abusos procesales cuando se interponen acciones sin sustancia, temerarias o manifiestamente inconsistentes (lo que encuentra amparo legal expreso en el artículo 88.5 LPAC)⁵⁷⁸.

En el plano opuesto –sus inconvenientes– se encuentran (a grandes rasgos) dos peligros: la desnaturalización dogmática de la idiosincrasia de la inadmisión; y la tensión que genera con la tutela judicial efectiva. En relación con su esencia (en cuanto a la

⁵⁷⁶ César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 29. Es ampliamente diáfana la explicación que el profesor CIERCO nos proporciona en relación con esta figura: “[e]n lo esencial, pues, la inadmisión no significa otra cosa que el rechazo de una pretensión. Pero un rechazo, eso sí, muy particular cuyos efectos resultan especialmente traumáticos para el interesado promotor de la pretensión. Y lo son en la medida en que, además de no concederle lo instado, va a privársele de un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión substantiva, obligándole a volver atrás para reemprender y presentar de nuevo su pretensión –si es que se puede, que no siempre es dado hacerlo–, y dejando entre tanto sin respuesta el debate substantivo subyacente”.

⁵⁷⁷ Para mayor abundamiento sobre ello, me remito en bloque a la obra de César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, que es –como se puede observar– la principal fuente de inspiración del presente epígrafe.

⁵⁷⁸ Así lo apunta César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 38 y 39, aunque también señala una posible cuarta bondad de la inadmisión en tanto en cuanto puede ser un mecanismo eficaz para salvaguardar la naturaleza singular de ciertos procesos.

propia caracterización de la inadmisión), de un lado, debe elucidarse que su faceta liminar es la adecuada para cumplir las anteriores ventajas, porque inadmitir como acto de terminación *strictu sensu* (es decir, al término de la tramitación total del procedimiento) provocaría la carencia de todo el sentido ahorrador que pretende descargar al procedimiento, agilizarlo y evitar abusos. Y de otro lado, debe diferenciarse la inadmisión por razones substantivas de la inadmisión por razones adjetivas. Aunque he mostrado mi postura con ocasión del estudio de la subsanación (por la cercanía de las figuras y su paralelismo), y no pretendo incurrir en más reiteraciones desde este punto de vista, sí considero necesario apuntar que las causas de inadmisión deben ser depuradas de lo substantivo en la medida de lo posible. Solo sería pertinente acudir a estas causas cuando la improcedencia substantiva sea de una notoriedad tan manifiesta que justifique la técnica de inadmisión *ictu oculi* (a simple vista)⁵⁷⁹. En este caso hablaríamos de doctrina jurisprudencial ampliamente consolidada (*jurisprudence bien établie*), pero aun así debe acogerse esta afirmación con muchos reparos en el campo de la responsabilidad patrimonial (por su amplia heterogeneidad).

Y, en relación con la tensión entre esta figura y la tutela judicial efectiva, no hay mejor opción que acudir a la jurisprudencia del TC en la materia, cuyo *corpus*, en sus líneas maestras, debe tenerse en consideración a efectos de ponderar los intereses habidos en juego al aplicar la inadmisión con la finalidad de ponerle, en cierto modo, freno. Habida cuenta de que nos movemos ante el contenido esencial de obtener una resolución motivada y fundada en derecho, que se compagina con el tantas veces citado principio *pro actione*, se puede anticipar que la solución no puede inobservar irrazonablemente la inadmisión como técnica ordinaria (habitual), sino como recurso extraordinario del actuar procesal (y procedimental). La vigencia del principio *pro actione* implica que no se puede obstaculizar injustificadamente el derecho a que un órgano judicial (y, por ende, también uno administrativo) conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC de 28 de junio de 1999 o de 23 de mayo de 2005)⁵⁸⁰. El peligro más claro (como ya he apuntado) es que los presupuestos de acceso al procedimiento incurran en interpretaciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables, incurriendo en errores patentes, bajo aspectos rigoristas, excesivamente

⁵⁷⁹ Los supuestos de estas causas tan notorias podrían resumirse en las causas masivas (colectivas) en las que se discutan los daños producidos por la misma actividad administrativa. Por ejemplo, sería precedente de peso la resolución (administrativa o judicial) del caso del *céntimo sanitario*. Son sobradamente conocidas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que partieron de la STJUE de 27 de febrero de 2014. El asunto enfrentó a la sociedad limitada Transportes Jordi Besora y a la Generalitat de Catalunya en el asunto C-82/12 –estando ésta última apoyada por el Gobierno de España, el griego, el francés y el portugués– donde el TJUE señaló la incompatibilidad del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos con el art. 3.2 de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales. La decisión del TJUE provocó una avalancha de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, lo cual implicó que, una vez resuelta la responsabilidad en una de sus primeras decisiones de relevancia (como lo fue la STS de 24 de febrero de 2016, ROJ 698/2016, Ponente: Jesús Cudero Blas).

⁵⁸⁰ STC de 28 de junio de 1999, núm. 122/1999, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; o STC de 23 de mayo de 2005, núm. 133/2005, Ponente: Roberto García-Calvo y Montiel.

formalistas o desproporcionados en relación con los fines preservados y los intereses que se sacrifican (criterios aplicados por la STC de 20 de noviembre de 2006, entre otras, al ámbito procesal pero que podemos extrapolar –con buen criterio– en el procedimiento)⁵⁸¹. Cuando no se esté ante las anteriores situaciones, y se cumpla con alguna causa legal que así lo justifique, será permitida la inadmisión; porque pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional es clara advirtiéndolo que tampoco puede entenderse que debe seleccionarse forzosamente la interpretación más favorable a la admisión (STC de 12 de septiembre de 2005)⁵⁸².

La idea general de la anterior doctrina apuntada debe ser integrada (dado su sofisticación, que la vuelve en cierto modo *un brindis al sol*) por parámetros de razonabilidad del órgano que se enfrenta al trámite de admisión en el sentido de intentar obstaculizar lo mínimo posible el acceso al procedimiento, pero sin hacer ninguna acción positiva (más allá del trámite de subsanación) para encajar una admisión en un molde que la pudiera desconfigurar. En resumen, no considero adecuado el análisis desproporcionado de las cuestiones de fondo en el trámite liminar, debiéndose (aunque con algún reparo que he señalado en páginas anteriores) limitar la Administración a la verificación de los requisitos dispuestos en el artículo 66.1 de la LPAC (y ser muy prudente con la verificación de lo dispuesto en el art. 67.2). Más en el ámbito administrativo, marco en el que la inadmisión debe tener un papel menos protagonista aún que en el ámbito judicial (al que se aplicaría de forma estricta la anterior doctrina constitucional), precisamente porque el ámbito administrativo ha de ser aquel filtro que, en la medida de lo posible, evite que el interesado se vea necesitado de acudir automáticamente a la jurisdicción una vez superado el “trámite” de la LPAC. Y ello, al menos, se apuntala resolviendo sobre el fondo en la vía administrativa.

2. EL USO RECURRENTE DE LA INADMISIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El trámite de inadmisión en la vía administrativa referente a la responsabilidad patrimonial tiene una presencia un tanto desorbitada en la vida cotidiana del quehacer de las Administraciones Públicas, ya sea por la habilitación –un tanto amplia– del artículo 88.5 de la LPAC; por la aplicación de las causas de inadmisión de los recursos administrativos por analogía en la reclamación (art. 116 LPAC); o por inspiración directa a partir de los preceptos estrictamente procesales (art. 51 LRJCA)⁵⁸³. No me resisto en detenerme un instante en el artículo 88.5, que en concreto señala lo siguiente:

⁵⁸¹ STC de 20 de noviembre de 2006, núm. 327/2006, Ponente: Manuel Aragón Reyes.

⁵⁸² STC de 12 de septiembre de 2005, núm. 219/2005, Ponente: Pablo Pérez Tremps.

⁵⁸³ Esta analogía es ampliamente admitida y permitida tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina, como por los órganos administrativos consultivos entre los que destaca el Consejo de Estado, con lo cual en ningún momento cuestionaré su utilización, pero sí la utilización del artículo 88.5 en lo relativo a la carencia manifiesta de fundamento, que como veremos, es un supuesto únicamente de enjuiciamiento del fondo del asunto, no de los aspectos procedimentales.

“En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, *aunque podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento*, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución”.

Sin ser la causa relativa a “derechos no previstos en el ordenamiento jurídico” problemática en el supuesto que nos ocupa, pretendo incidir sobre el papel de la causa de inadmisión que se halla en las solicitudes “manifiestamente carentes de fundamento”. La aplicación *strictu sensu* del artículo 88.5 de la LPAC como causa de inadmisión en lo referente a la manifiesta carencia de fundamento, debe ceñirse al ámbito substantivo de la reclamación, no a eventuales requisitos adjetivos (competencia, legitimación, cosa juzgada, inadecuación procedimental, etc.). Ello es así en tanto que el término “fundamento” se refiere a la razón principal o motivo con el que se pretende afianzar y asegurar algo, de conformidad con la definición dada por la RAE. En este supuesto la razón principal de pedir encuentra su *fundamento* en la lesión provocada por el funcionamiento del servicio público, con lo cual se nos deriva al enjuiciamiento *a limine* sobre lo dispuesto en el art. 32 LRJSP. Dicha postura se afianza en el momento en que la propia LPAC, en su art. 116, apunta (en el marco de los recursos administrativos) varias causas de inadmisión de los mismos entre los que se encuentra el hecho de que el recurso carezca manifiestamente de fundamento, además de otros de corte adjetivo, que se prevén –por tanto–, separadamente (incompetencia del órgano administrativo siendo el competente el de otra Administración; falta de legitimación; acto no recurrible; o la extemporaneidad).

Es más, la doctrina, por lo general, apunta en la citada dirección, así como señala GOSÁLBEZ PEQUEÑO en relación con que las resoluciones de inadmisión “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”⁵⁸⁴. O, en el mismo sentido (e incluso va más allá) CANTERO MARTÍNEZ, cuando afirma que “la determinación misma de si se tiene o no derecho o de si la petición carece o no de fundamento supone en sí misma una auténtica decisión sobre el fondo del asunto y que, por ello mismo, debiera quedar oportunamente reflejada en la motivación de la resolución que se adopte declarando inadmisibile la petición efectuada”⁵⁸⁵. También CIERCO SEIRA apunta que la carencia de fundamento o la existencia de asuntos idénticos previos (precedentes) “exige llevar a cabo una operación intelectual en la que por fuerza habrá que descender al contenido substantivo de la demanda”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver. Términos y Plazos” en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, op. cit., pág. 1159.

⁵⁸⁵ Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “Obligación de resolver y silencio administrativo”, en la obra colectiva coordinada por José GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 1518.

⁵⁸⁶ César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, op. cit., pág. 87. Es más, el autor apunta que la carencia manifiesta de fundamento “hace alusión a los supuestos en los que la

Pero sea como fuere, es cierto que existe la posibilidad de utilizar *grosso modo* la carencia manifiesta de fundamento del artículo 88.5 LPAC como causa de inadmisión de la solicitud tanto por motivos formales como materiales, y así se realiza ampliamente en la práctica procedimental y procesal, como veremos a continuación, y ha sido advertido por la doctrina⁵⁸⁷. Acto seguido, pues, voy a exponer algunos supuestos de interés, pero sin pretender realizar una enumeración de situaciones de inadmisión (confirmadas judicialmente o no) exhaustiva, sino más bien exponencial de su gran utilización con el aval de la jurisprudencia.

A. La inadmisión por carencia manifiesta de fundamento

En cuanto a esta causa que es la general del artículo 88.5 LPAC, la falta de fundamentación supone en el ámbito de la reclamación de responsabilidad patrimonial un cajón de sastre al que, con demasiada habitualidad, la Administración acude por cualquier motivo, sea de forma o de fondo. Pero ¿qué debe entenderse en realidad por una solicitud manifiestamente carente de fundamento? *Ab initio* debo referirme a la doctrina que viene desarrollando la Sala 3ª de la Audiencia Nacional sobre esta cuestión bajo la siguiente cita textual y que suscribo en su integridad:

“la inadmisión de plano debe entenderse a los supuestos más palmarios y evidentes en los que la reclamación de responsabilidad carezca de fundamento de forma ‘patente y manifiesta’ sin que pueda ser utilizada fuera de estos casos como un mecanismo de desestimación anticipada del fondo, pues ello reduce las garantías del solicitante y le obliga a acudir a los tribunales sin disponer de una decisión de fondo sobre la concurrencia de los requisitos en los que se funda la reclamación de responsabilidad y sin los informes técnicos preceptivos (...) la facultad que el sobredicho artículo 89.4 de la Ley 30/1992 otorga a la Administración Pública exige una aplicación restricta a aquellos casos en que la solicitud del interesado se presenta carente de fundamento de una manera patente y palmaria, lo que ciertamente solo puede decidirse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso particular, si bien al mismo tiempo es claro que un ejercicio de aquella facultad que excediera aquellos reducidos límites incidiría en una práctica administrativa abusiva con lesión de los derechos del interesado que acude ante la Administración con una determinada solicitud, que, salvo el supuesto excepcional contemplado en el referido artículo 89.4, ha de ser objeto de la correspondiente tramitación previa a su solicitud”⁵⁸⁸.

La primera idea del texto transcrito responde indirectamente a la cuestión de que esta causa es una cuestión de fondo (“mecanismo de desestimación anticipada de

pretensión deducida por el particular ante la Justicia está huérfana de contenido. Inconsistencia que podrá derivar ora de la propia decisión (*petitum* absurdo, imposible...), ora de las razones aducidas como sostén de la misma (causa de pedir o *causa petendi* sin ningún tipo de amarre)”. De ello veremos abundantes ejemplos a lo largo del presente subepígrafe.

⁵⁸⁷ Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo, op. cit.*, pág. 499; o César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 87, que admite que “mantener hoy en día que la inadmisión constituye una decisión meramente procesal no puede aceptarse si no es con muchas reservas”.

⁵⁸⁸ Así, por ejemplo, las SSAN de 21 de enero de 2015 (ROJ 182/2015), Ponente: Ángel Novoa Fernández; de 17 de diciembre de 2014 (ROJ 5009/2014), mismo Ponente; de 17 de mayo de 2013 (ROJ 2265/2013), Ponente: Fernando de Mateo Menéndez; de 30 de junio de 2011 (ROJ 3452/2011), Ponente: Jesús Cudero Blas; o de 15 de julio de 2009 (ROJ 3569/2009), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

fondo”), lo que se traduce, a *sensu contrario*, en que sí supone un enjuiciamiento de fondo, si bien con las exigencias acumulativas de ser una carencia de fundamento “patente y manifiesta”. Con sometimiento a esta causa *strictu sensu* (por carencia de fundamento) la SAN de 21 de enero de 2015, confirmó una inadmisión de reclamación de responsabilidad patrimonial en la que se alegaba por el interesado una supuesta vulneración del derecho a la defensa porque no había sido conducido por Instituciones Penitenciarias al acto del juicio y eso –decía– le produjo “padecimiento de unas consecuencias a nivel personal e íntimo, muy lesivas”. Sin embargo, el Tribunal observó que el actor intervino en aquel juicio con todas las garantías personificadas en su representación y defensa procesal, además de observar en el escrito de la demanda de responsabilidad patrimonial la utilización de expresiones *flatu vocis* (emisión de palabras carentes de sentido) bajo una redacción general, vaga y con patente falta de sustento, sin apoyo en elementos objetivos concretos y sin haberse interesado prueba alguna⁵⁸⁹. Por tanto, la inadmisión administrativa de la reclamación fue correcta, y en mi opinión, esta forma es una utilización adecuada de la figura a través del art. 88.5 LPAC.

En el mismo contexto de la inadmisión administrativa por falta de fundamento se enjuició por parte de la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2014 una reclamación de responsabilidad patrimonial por el *moobing* que manifestaba haber sufrido el reclamante. Acoso laboral que, entre otras, encontraba en su vértice una sanción disciplinaria como una forma más de amedrentar al trabajador. La Administración había inadmitido la reclamación por considerar que los hechos que denunciaba habían sido objeto precisamente de aquella sanción firme en vía administrativa, además de que la reclamación formulada imputaba “gratuitamente a un gran número de personas la acusación del acoso laboral sin justificar, de ninguna manera, en realidad, la existencia del acoso denunciado”⁵⁹⁰. En consecuencia, el argumento de la Administración para inadmitir supone –en palabras del Tribunal– “un motivo *de fondo*, como es la carencia del fundamento de la reclamación”, y como tal, ha de ser enjuiciado a la luz del pleno conocimiento y prueba sobre el asunto, sin que pudiera en el caso concreto ser objeto de inadmisión.

La percepción que se desprende de los anteriores supuestos aporta claridad a la idea que se viene repitiendo de la necesidad de que la inadmisión por carencia manifiesta de fundamento deba ser palmaria y notoria (si bien es imposible dar unos parámetros generales porque ello dependerá de las circunstancias concretas de los supuestos⁵⁹¹). Esta notoriedad lo es en tanto en cuanto del escrito de la demanda (o reclamación) se desprende vaguedad, generalidad, expresiones vacías, etc., y la prueba

⁵⁸⁹ SAN de 21 de enero de 2015 (ROJ 182/2015), Ponente: Ángel Novoa Fernández.

⁵⁹⁰ STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 2014 (ROJ 1873/2014), Ponente: José Antonio Fernández Buendía.

⁵⁹¹ César CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo...*, *loc. cit.*,

aportada o propuesta es inexistente o bien completamente intrascendente a los efectos del caso concreto (primer supuesto comentado). Pero lo anterior no debe ser fruto de la mera “creencia” del órgano competente para iniciar el procedimiento, sino que debe responder a un hecho objetivo. Y cuando estamos ante un *cúmulo complejo de acontecimientos* (como, por ejemplo, es un supuesto de *acoso* relativo al segundo de los ejemplos utilizados), no puede sin previa tramitación llegarse a la conclusión de que la reclamación ha carecido *manifiestamente* de aquél hecho objetivo, ya que aquella inadmisión se deriva de una percepción errónea e inopinada (fruto, quizá, del desinterés de averiguación de los hechos por parte de la Administración). Tal y como sostiene la *Comissió Jurídica Assessora*, “no resulta aplicable [la inadmisión] en aquellos otros supuestos en los que pueda haber alguna duda respecto de los requisitos o presupuestos formales o materiales, supuestos en los que la instrucción resulta indispensable”⁵⁹².

B. La inadmisión por incompetencia del órgano administrativo al que se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial

Como aclaración preliminar a los supuestos de inadmisión administrativa de la reclamación de daños y perjuicios por cuestiones de procedimiento, debo apuntar que era habitual en los supuestos en los que se aplicaba la LRJPAC que se inadmitieran las solicitudes porque el interesado erraba en la Administración competente para conocer de la reclamación⁵⁹³. Pero tras las nuevas Leyes, este supuesto de inadmisión queda al margen por la previsión del artículo 14.1 de la LRJSP, en cuanto apunta que el órgano administrativo que se considere incompetente deberá remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con notificación de esta circunstancia a los interesados. En este caso, la nueva ley elimina la previsión que contenía el artículo 20.1 de la LRJPAC que preveía dicha remisión si el órgano competente pertenecía a la misma Administración, previsión que en su momento fue objeto de crítica por el Consejo de Estado y cuya supresión actualmente parece tener buena acogida doctrinal⁵⁹⁴. Por

⁵⁹² Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* de Catalunya de 23 de enero de 2014 (núm. 24/2014), Ponente: Mercè Barceló Serramalera, que, a su vez basa la postura doctrinal en otros dictámenes del mismo órgano consultivo como los 165/1996, 51/2000, 203/2009 o 154/2010.

⁵⁹³ Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 15 de enero de 2016 (ROJ 84/2016), Ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz; SAN de 2 de noviembre de 2016 (ROJ 4023/2016), Ponente: Santos Honorio de Castro García; STSJ del País Vasco de 25 de enero de 2017 (ROJ 698/2017), Ponente: María Josefa Artaza Bilbao; o STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017 (ROJ 11267/2017), Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión.

⁵⁹⁴ María ZAMBONINO PULITO, “Iniciación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1483 y 1484, apunta que la diferencia que introduce el art. 14 LRJSP es más garantista en este punto que su anterior.

La previsión –ahora suprimida– de la LRJPAC ya fue criticada en su momento por el Consejo de Estado, como puso de manifiesto en su Memoria del año 2004: “cuando una Administración se declara incompetente para resolver la reclamación deducida por el particular lesionado, debe remitir las actuaciones practicadas al órgano que considere competente, pero sólo ‘si éste pertenece a la misma Administración Pública’ (art. 20.1 de la LRJPAC). En otro caso, toca al reclamante indagar cual sea la Administración competente y volver a presentar ante ella la reclamación, con todos los inconvenientes y

tanto, ahora debe entenderse que la inadmisión por esta causa ya no existe, dada la amplitud del artículo 14.1 LRJSP, entendiéndose que, si la reclamación se presenta en la Administración equivocada, ésta deberá remitirla a la Administración competente.

Otro supuesto de forma compleja de responsabilidad lo prevé expresamente la LRJSP como especialidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial al regular un procedimiento específico de competencia. Se trata de los supuestos de responsabilidad concurrente en las Administraciones cuando se ocasionan daños por parte del funcionamiento de servicios públicos prestados a raíz “de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación” administrativa (art. 33 LRJSP). El art. 33.3 establece que la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente será la “fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada”. El interesado no tiene la obligación de conocer ni aquellos Estatutos ni sus reglas de organización colegiada (interna) ni la debería tener. Por tanto, entiendo que, en este supuesto, también a tenor del artículo 14.1 LRJSP es menester que cualquier Administración presuntamente integrada en aquella concurrencia que reciba la reclamación deberá remitirla al órgano competente según las dos reglas fijadas en el artículo 33.3 LRJSP⁵⁹⁵.

Por tanto, en mi opinión, a partir de la LRJSP la inadmisión por esta causa quedará reducida a aquellos supuestos donde sea manifiestamente improcedente la reclamación por razón de competencia, pero no en aquellos supuestos dudosos, que los hay y con abundancia.

C. La inadmisión por falta de legitimación activa o pasiva

Así las cosas, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial es habitual que se inadmita por causas como la carencia de legitimación activa. La SAN de 8 de marzo de 2012, a través de la vía del artículo 89.4 LRJPAC (actual art. 88.5 LPAC),

desventajas que ello le puede ocasionar. Es esta una laguna de la legislación que la progresiva complejidad de los servicios autonómicos y locales no han hecho sino poner cada vez más de manifiesto. La competencia es irrenunciable, como se sabe, ‘y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia’ (art. 12.1 LRJPAC), pero el deber de colaboración entre las Administraciones Públicas habría de concretarse también en algún tipo de regla que evite al particular lesionado la carga añadida de encontrar a la Administración competente entre las diversas concurrentes, lo que a veces puede resultar difícil”.

Incluso el TS ha tenido ocasión de poner de manifiesto el diferente alcance y significado del art. 14.1 de la LRJSP respecto a su predecesor, pero, sin embargo, por motivos temporales no ha podido establecer nada concreto y simplemente ha confirmado lo que se venía haciendo: confirmar la inadmisión cuando se dirigía la reclamación a otra Administración incompetente. Véase la STS de 31 de octubre de 2017 (ROJ 3821/2017), Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

⁵⁹⁵ Este artículo prevé una regla preferente y otra supletoria para la atribución de la competencia en situaciones de responsabilidad concurrente. Expresamente establece que “la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas, será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio”.

confirmó una inadmisión administrativa de la reclamación porque los reclamantes gozaban de la condición de administradores solidarios de una sociedad mercantil si bien uno de ellos sí lo era, pero su mandato, a tenor de la legislación mercantil, habría vencido, con lo cual carecía de legitimación⁵⁹⁶.

De signo contrario fue el supuesto que conoció la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2015 en el que se discutía la legitimación pasiva de la Administración autonómica (Generalitat Valenciana) por la responsabilidad patrimonial a causa de la mala asistencia sanitaria de un centro residencial de tercera edad, centro de carácter concertado⁵⁹⁷. La Administración inadmitió la reclamación bajo el pretexto de que la actuación que provocó el daño era imputable a un centro privado y por tanto ninguna legitimidad pasiva tenía la misma porque el marco jurídico se reduce a una relación *inter privados*. Pero el Tribunal estima que, al tratarse de una plaza residencial configurada como una prestación pública sometida al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en el marco de la LAPAD, la Administración tiene el control sobre una serie de actuaciones: subvenciona; califica el grado de dependencia; aprueba el Plan Individual de Atención (PIA); adjudica una plaza de sus recursos públicos (como son los centros de accesibilidad social); lo cual implica que la propia Administración se erige como garante del propio servicio de atención y cuidado de los propios residentes⁵⁹⁸. Por tanto, no puede desentenderse del conocimiento sobre el fondo del asunto inadmitiendo la reclamación de responsabilidad patrimonial. Lo que a *sensu contrario* implica que, si el Tribunal hubiera estimado la falta de legitimación pasiva de la misma, la inadmisión procedimental hubiera sido válida⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ SAN de 8 de marzo de 2012 (ROJ 1134/2012), Ponente: Fernando de Mateo Menéndez. Se trataba de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

⁵⁹⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2015 (ROJ 1449/2015), Ponente: María Alicia Millán Herrandiz.

⁵⁹⁸ Dicha forma de gestión de la atención sanitaria de las personas mayores es recurrente en las CCAA, donde los centros residenciales suelen ser parte siempre de la *red pública* de servicios sociosanitarios. Véase, a mayor abundamiento y en especial sobre el caso catalán, el trabajo de Josefina CAMINAL I HOMAR, María Cristina RODRÍGUEZ DE AYSA y Mateo QUINTANA LÁZARO, “Las personas mayores institucionalizadas en residencias asistidas: una propuesta de armonización jurídica para garantizar la atención sanitaria”, en el libro colectivo dirigido por Jorge TOMILLO URBINA y Joaquín CAYÓN DE LAS CUEVAS, *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 465 a 476.

⁵⁹⁹ De forma parecida, véase también la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2016 (ROJ 965/2016), Ponente: Manuel José Domingo Zaballos, supuesto en el que la Administración autonómica castellano-manchega inadmitió una reclamación de responsabilidad sanitaria por indebida prestación de asistencia por parte de una MATEP vinculada alegando falta de legitimidad activa de una empresa que reclamaba en nombre de uno de sus trabajadores (al que había indemnizado previamente vía responsabilidad civil extracontractual) por la mala praxis médica de aquella en la asistencia del trabajador que había sufrido un accidente de trabajo. La STSJ aceptó la legitimación de la empresa y, consecuentemente anuló la inadmisión dictada por la Comunidad Autónoma.

En el mismo sentido sobre la inadmisión administrativa de la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de legitimidad activa también se ha postulado la STJS de Madrid de 17 de julio de 2013 (ROJ 11321/2013), Ponente: María Jesús Vegas Torres; en la que la Administración sanitaria inadmitió la acción de la esposa y la hija del causante por supuesta negligencia médica bajo el pretexto

D. La inadmisión por prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial

La extemporaneidad (vía prescripción), es un motivo recurrente de la inadmisión por parte de la Administración Pública que, además ve con buenos ojos la jurisprudencia por la conexión implícita entre lo dispuesto en el artículo 67 (“[l]os interesados sólo podrán solicitar el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar”) y el artículo 88.5 LPAC. Bajo esta premisa, la STS de 31 de marzo de 2014 consideró adecuada la inadmisión de la Administración por la prescripción de la acción de la responsabilidad patrimonial tras descartar que en aquel caso –enmarcado en la discusión sobre lesiones físicas– no se podía aplicar la doctrina de los daños continuados o permanentes⁶⁰⁰⁶⁰¹.

E. La inadmisión en los casos de error judicial o responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Otra modalidad de inadmisión, esta vez en el caso específico de la responsabilidad patrimonial por error judicial, es la inobservancia por el reclamante del requisito “*preprocedimental*” de obtención de la necesaria declaración previa de error por parte del TS siguiendo el cauce establecido en el art. 293 de la LOPJ⁶⁰². También al amparo del 89.4 de la LRJPAC (actual 88.5 LPAC), la SAN de 2 de junio de 2016 ratificó, en este supuesto, la inadmisión por parte del Ministerio de Justicia de una reclamación de responsabilidad por error judicial sin cursar la previa declaración de error, siguiendo lo dispuesto en la LOPJ⁶⁰³.

Sin embargo, no en todos los supuestos procede inadmitir por la razón de que sean necesarias declaraciones previas de reconocimiento de una determinada situación. Ello es así en el caso del error judicial por preverlo expresamente la ley (art. 293.1 LOPJ). Pero en otros supuestos, como lo son las reclamaciones de responsabilidad patrimonial

de que éste no había iniciado el procedimiento en vida y, por tanto, las afectadas reclamaban a título propio (como herederas). No lo consideró así el Tribunal porque el causante sí había reclamado en vida vía penal y luego civil, y por tanto se debió considerar nacida la acción y consiguiente posibilidad de los familiares de reclamar vía sucesión procedimental (por tratarse de una reclamación por los mismos hechos por los que se había reclamado en las dos vías anteriores).

⁶⁰⁰ STS de 31 de marzo de 2014 (ROJ 1601/2014), Ponente: Diego Córdoba Castroverde. Aunque en lo relativo a la prescripción no fue falta de polémica la decisión, ya que contó incluso con un Voto Particular formulado por Margarita Robles Fernández al que se adhirió José María del Riego Valledor, sobre una cuestión que se analiza en otro apartado del presente trabajo.

⁶⁰¹ En sentido similar, sobre la correcta inadmisión en vía administrativa por prescripción de la acción, véase la STSJ de la Comunidad Valenciana (ROJ 2334/2017), Ponente: Ana María Pérez Tortola; STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2017 (ROJ 831/2017), Ponente: María Esperanza Sánchez de la Vega; o SAN de 16 de marzo de 2016 (ROJ 1338/2016), Ponente: José Luis Gil Ibáñez.

⁶⁰² El art. 293 de la LOPJ establece que “[l]a reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”, que, en virtud de lo dispuesto en su apartado b) corresponderá a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo que coincide con el mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error.

⁶⁰³ SAN de 8 de marzo de 2016 (ROJ 2231/2016), Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo. También en un supuesto análogo, la SAN de 18 de diciembre de 2015 (ROJ 4772/2015), Ponente: Francisco Díaz Fraile.

del Estado legislador no es necesaria, y esta es la principal diferencia procedimental entre los dos tipos de reclamaciones. Por ejemplo, para pedir el abono de gravámenes tributarios no impugnados establecidos por una Ley, luego declarada inconstitucional, no es necesaria aquella impugnación previa (como requisito “*preprocedimental*”) para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración, sino que el afectado puede ejercitar las acciones de revisión, de devolución de ingresos indebidos, de forma sucesiva o simultáneamente (siempre que no se supere el plazo de prescripción). La justificación radica en que, de conformidad con la doctrina del TS, la firmeza que en su día adquirieron las liquidaciones tributarias en las que se reflejó el ingreso no privaba de antijuridicidad al daño producido, ni por tanto impedía su reclamación a través de las vías indicadas⁶⁰⁴. De este modo, la STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2016 conoció de un supuesto en el que un Ayuntamiento inadmitió la acción de responsabilidad patrimonial por considerar que el cauce adecuado para que al interesado se le reintegrara 45.127 euros, correspondientes a una liquidación que le fue girada en concepto de tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, era el de ingresos indebidos⁶⁰⁵. No consideró el Ayuntamiento que fuera la acción de responsabilidad patrimonial la que se debió seguir porque no se impugnó aquella liquidación inicial y, por tanto, devino firme. Pero aplicando la doctrina anterior, el TSJ desechó tal argumentación, avalando el planteamiento directo de la responsabilidad patrimonial enmarcándose la acción al año de la publicación de la Sentencia (en aquel caso) del TC. Esta última previsión se encuentra prevista en la actualidad de forma expresa en el artículo 67.1, párrafo tercero, de la LPAC.

Por lo tanto, procedía admitir la reclamación, pero en lo que nos interesa, y como materia singular, en los supuestos de declaración de responsabilidad por el Estado legislador por la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (o Reglamento; porque en la STSJ de Andalucía comentada lo que se declaró inconstitucional fue una Ordenanza municipal) el procedimiento debe iniciarse –y consiguientemente la Administración tiene el deber de admitir– pese a que puedan darse dos de estas objeciones: (1) pese a

⁶⁰⁴ De este modo lo ha declarado el TS en varias ocasiones, como por ejemplo en las SSTS de 24 de abril de 2012 (ROJ 2611/2012), de 24 de abril de 2012 (ROJ 2610/2012), o de 5 de diciembre de 2012; en todas ellas actuando como Ponente: Ricardo Enríquez Sancho. Dichas resoluciones recordaban una anterior sentencia del TS que marcaba el rumbo de la argumentación del siguiente modo: “En la sentencia de 13 de junio de 2000, rec. 567/1998, hicimos una matización que, con el paso del tiempo, se demostró fundamental a la hora de la resolución de los diversos supuestos planteados: el hecho de que los contribuyentes no hubieran impugnado en su día las liquidaciones tributarias en que se reflejó el ingreso y, por tanto, hubieran devenido firmes, no privaba de antijuridicidad al daño producido. De modo que el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad legislativa inconstitucional podía obtenerse mediante la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada en el plazo de un año a computar desde la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, que permite por primera vez al perjudicado tener conocimiento de los elementos que integran la pretensión indemnizatoria y, por consiguiente, hacer posible el ejercicio de la acción resarcitoria”.

⁶⁰⁵ STSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2016 (ROJ 4047/2016), Ponente: Luis Gonzaga Arenas Ibáñez.

que el acto administrativo creador del daño sea firme y consentido; (2) y pese a no seguirse otro cauce procedimental (p. ej. ingresos indebidos) compatible con la petición.

F. La inadmisión por cosa juzgada administrativa

Otra circunstancia que puede dar lugar a la inadmisión en vía administrativa puede ser la reiteración de una reclamación ya resuelta sobre el fondo en otro procedimiento de responsabilidad patrimonial anterior firme. Lo que, técnicamente, es conocido como una *reclamación de reproducción de otra anterior*. El acto precedente (la resolución de responsabilidad), por aplicación analógica de la cosa juzgada, precisa una triple identidad para que el posterior se considere acto de reproducción de aquél: identidad de la cosa (*eadem res*); de la causa (*eadem causa petendi*); y de las partes (*eadem personae*)⁶⁰⁶. Esta triple identidad personal, real y causal (en otras palabras) es la que verificó la STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2017 en referencia a una reclamación de responsabilidad patrimonial que el Ayuntamiento demandado había inadmitido, precisamente, por tratarse de una acción reproductiva de otra firme anterior y, en la que, por ende, se aplicó la doctrina de la cosa juzgada procesal por analogía en el procedimiento administrativo⁶⁰⁷. En estos supuestos no es exigible literalidad entre los actos, sino que, de su comparación global, el acto confirmatorio no contenga supuestos distintos ni introduzca ningún elemento nuevo (*nihil novum*); y si nos encontramos ante esta situación, la Administración tendrá justa causa de inadmisibilidad de la reclamación⁶⁰⁸.

Al hilo de la *cosa juzgada administrativa* o judicial, lo que no se puede pretender mediante la acción de responsabilidad patrimonial es la revisión por esta vía de un acto anterior firme, con lo que, si se diera el caso, tampoco cabría la admisión de la reclamación (STSJ de Castilla y León de 23 de octubre de 2015)⁶⁰⁹.

G. La inadmisión por inadecuación procedimental

En los supuestos en los que la responsabilidad que un contratista pretende reclamar a la Administración, cuya relación se ampara en la LCSP, éste debe acudir a los

⁶⁰⁶ Así lo ha dispuesto el TS en sentencias como por ejemplo la de 28 de marzo de 2000 (ROJ 2494/2000), Ponente Ramón Trillo Torres; o la STS de 23 de febrero de 2005 (ROJ 1114/2005), Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

⁶⁰⁷ STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 2017 (ROJ 2378/2017), Ponente: Felipe Fresneda Plaza.

⁶⁰⁸ En sentido similar, la SAN de 13 de noviembre de 2017, (ROJ 4529/2017), Ponente: Begoña Fernández Dozagarat; que declara que “la actora había formulado una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Fomento que desestima el 17 julio 2013, por la que plantear de nuevo una reclamación desestimada obliga a desestimar el presente recurso contencioso administrativo por vulneración de la cosa juzgada que impide reproducir las peticiones desestimadas con anterioridad”. En el supuesto indicado, la Administración había inadmitido la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Otro supuesto en el que la Administración ha inadmitido por esta causa (con independencia de su confirmación judicial o su revocación), es la STSJ de Cantabria de 7 de enero de 2016 (ROJ 187/2016), Ponente: Rafael Losada Armada.

⁶⁰⁹ STSJ de Castilla y León de 23 de octubre de 2015 (ROJ 4834/2015), Ponente: Francisco Javier Pardo Muñoz.

procedimientos contenidos en la citada ley, y no al procedimiento de responsabilidad patrimonial de la LPAC. Así lo ha declarado también la STSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2017 confirmando la inadmisión de un Ayuntamiento ante la reclamación –ex LPAC y LRJSP– de un contratista de la Administración por la simple razón de que, en realidad, se constituía como un supuesto de responsabilidad contractual y no un supuesto de responsabilidad *aquiliana*⁶¹⁰.

H. ¿Numerus apertus en la inadmisión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial?

Como supuesto específico en vía de recurso administrativo, de entrada, se da una situación un tanto peculiar cuando la Administración (o, más ampliamente dicho, entidad responsable patrimonialmente de conformidad con el artículo 32 de la LRJSP) incumple el deber del art. 88.3 LPAC sobre la indicación de los recursos que proceden contra una resolución o, simplemente se confunde o yerra en la indicación de los recursos procedentes. Así, en el ámbito que nos movemos, queda manifiestamente claro que la resolución de responsabilidad patrimonial agota la vía administrativa [art. 114.1 e) de la LPAC]⁶¹¹. Pero si la Administración indica en el pie de recursos que procede, por ejemplo, un recurso de alzada contra aquella resolución nos adentraremos en un terreno ficticio que, de conformidad con la jurisprudencia del TS sobre este asunto, se deberá decantar en favor del administrado: “la confusión o error en el ofrecimiento de recursos imputable a la Administración, no puede perjudicar al recurrente”⁶¹².

Voy a explicarlo a partir del requerimiento de responsabilidad a las entidades públicas hidráulicas. Pero como paso previo debo hacer una breve mención sobre la naturaleza jurídica de estas entidades. Es pacífica la naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado de los Organismos de cuenca, es decir, las denominadas Confederaciones Hidrográficas [art. 22.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLAg)]. No sucede lo mismo con las entidades que se encuentran bajo su tutela administrativa –las Comunidades de Usuarios– que refiere al carácter general de todos los posibles aprovechamientos colectivos del dominio público hidráulico (cuyo concepto incluye a las Comunidades de Regantes). Pero hoy en día la naturaleza jurídica de Corporación de Derecho Público (la llamada Administración corporativa) es pacífica

⁶¹⁰ STSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2017 (ROJ 4545/2017), Ponente: Valentín Jesús Varona Gutiérrez.

⁶¹¹ La redacción del artículo 114.1 e) de la LPAC se cura en salud en relación con el tipo de entidad a la que le corresponde la responsabilidad patrimonial señalando que ponen fin a la vía administrativa: “la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive*”.

⁶¹² Así, por todas, las SSTs de 15 de julio de 2015 (ROJ 3594/2015), o de 18 de mayo de 2012 (ROJ 3356/2012); siendo en ambas Ponente: Mariano de Oro-Pulito López. En el mismo sentido se resuelve también en la STS de 14 de enero de 2010 (ROJ 11/2010), Ponente: Pedro José Yagüe Gil.

tanto legal (art. 82.1 TRLAg) como doctrinalmente⁶¹³. En este contexto, lo natural es que, de la manera que indica el artículo 84.5 del TRLAg, determinados acuerdos de las Comunidades de Usuarios deban ser objeto del llamado recurso de alzada impropio ante el Organismo de cuenca, algo que, sin embargo, no rige en el ámbito de responsabilidad patrimonial, tal y como he indicado anteriormente de conformidad con el artículo 114.1 e) de la LPAC. Con alguna excepción que ahora apuntaré.

Pues bien, la doctrina conforme la que el error en la indicación del recurso no puede perjudicar a los administrados se aplicó en la STSJ de Andalucía de 11 de julio de 2017. Se trataba de un supuesto en el que se anuló por el Tribunal la inadmisión del recurso de alzada por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (CHG) contra una resolución desestimatoria expresa por una Comunidad de Regantes en la que se le reclamaba responsabilidad patrimonial⁶¹⁴. Lo que sucedió es que la citada Comunidad de Regantes apuntó en su resolución que: “contra esta resolución, que no pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes desde su recepción, ante la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir”. La actuación del reclamante se limitó a cursar seguimiento de la anterior orientación, lo que provocó la rotunda inadmisión de la CHG. Pues en este caso, tras un recordatorio jurisprudencial de la doctrina citada anteriormente, el Tribunal veta la actuación de la CHG apuntándole que ante el recurso de alzada tenía dos opciones viables: bien que admitiera el recurso para desestimarlos posteriormente en base a lo expuesto; bien que recalificara el recurso como de “reposición” con devolución al órgano competente para su conocimiento (la Comunidad de Regantes); pero lo que no tenía cabida era que lo inadmitiera. *In fine*, acaba resolviendo la revocación de aquella inadmisión y ordenando la admisión a trámite del recurso de alzada (impropio) por la CHG. Si bien se trata de una situación excepcional, no es por ello menos recurrente este *iter* resolutorio en el marco

⁶¹³ Que las Comunidades de Regantes sean Administración corporativa lo estipula de forma meridiana clara el artículo 82.1 del TRLAg: “[l]as comunidades de usuarios tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento”.

Pero no siempre ha tenido la ley esta claridad, aunque antes del actual TRLAg era mayoritario el posicionamiento doctrinal en relación con la naturaleza jurídica eminentemente pública de las Comunidades de Regantes a partir de la valoración de las distintas notas que así lo indican, tal y como explicaba Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “De las Comunidades de Regantes a las Comunidades de Usuarios de las aguas públicas. Reflexiones sobre el tema de su personalidad jurídica”, *Autonomías*, núm. 21, diciembre, 1996, págs. 125 a 128. Dichas notas, tal y como las resumía Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos (IEP), Madrid, 1958, págs. 291 y ss., eran las siguientes: a) el criterio del fin; b) criterio de la existencia de prerrogativas; c) criterio de la creación o de la injerencia estatal; d) criterio de la forma; y f) criterio del encuadramiento en la organización estatal, autonómica o local.

A día de hoy, su definición doctrinal es muy clara, y merece la pena citar la dada por Juan Antonio BOLEA FORADADA, *Las comunidades de regantes*, 3ª edición, FENACORE, Madrid, 2016, pág. 57: “son corporaciones de Derecho público, con derecho a utilizar un determinado caudal de aguas públicas, superficiales o subterráneas, fundamentalmente destinadas al riego, con el fin de lograr su íntegro, eficaz y coordinado aprovechamiento mediante la observancia de unas normas formadas por los propios partícipes y homologadas por su respectivo organismo de cuenca, a cuya tutela y control quedan sujetas”.

⁶¹⁴ STSJ de Andalucía de 11 de julio de 2017 (ROJ 7295/2017), Ponente: Miguel Pedro Pardo Castillo.

de la jurisprudencia menor⁶¹⁵, sobre todo en los supuestos de responsabilidad patrimonial de Corporaciones de Derecho Público.

Ahora bien, no estaremos ante la misma situación si la Comunidad de Regantes directamente incumple el deber de resolver y deja que se produzca una desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Me refiero a que la situación cambia en el sentido de la improcedencia de la inadmisión por el Organismo de cuenca (como órgano competente para conocer del recurso de alzada impropio). En este supuesto, dado que el reclamante no es inducido erróneamente por la resolución a acudir a una vía de recurso inadecuada, será procedente la inadmisión del recurso de alzada por la entidad hidrográfica de segundo grado (la Confederación Hidrográfica). Así lo ha declarado, entre otras, la STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2015⁶¹⁶. Pero, si en vez de inadmitir, la Confederación entra a resolver sobre el fondo, la falta de resolución expresa por la Comunidad de Regantes (entidad de primer grado), implica que la falta de indicación del recurso procedente abra la vía a que los órganos jurisdiccionales se posicionen sobre el fondo (STSJ Murcia de 22 de enero de 2009)⁶¹⁷.

3. LA INADMISIÓN Y SU DISCUTIBLE EMPLEO COMO CAJÓN DE SASTRE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Y regreso a una posición más genérica de la inadmisión para formular brevemente la idea fuerza de esta en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Como se habrá podido notar, tanto la amplitud con la que está formulada la posibilidad de inadmitir solicitudes en el art. 88.5 de la LPAC como el reflejo del proceso contencioso-administrativo en la vía administrativa tienen una notable influencia en la inadmisión en el procedimiento administrativo. Hasta el punto de que la influencia del proceso ha provocado que en materia de responsabilidad patrimonial el citado artículo se convierta en todo un *cajón de sastre* al que la Administración acude cuando la más mínima formalidad impeditiva de admisión, natural y originaria del proceso judicial, hace acto de presencia en el procedimiento. Así, he podido observar y comentar situaciones que,

⁶¹⁵ De este modo, en el mismo sentido que la sentencia aquí comentada, han resuelto en otras ocasiones, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 28 de junio de 2010 (ROJ 14349/2010), Ponente: Julián Manuel Moreno Retamino. Cabe transcribir un párrafo un tanto interesante en este supuesto: “[s]ostiene la Confederación que se inadmitió la alzada porque el acto de la Comunidad de regantes era residenciable directamente ante esta jurisdicción. Sin embargo, es de ver que el actor atendió precisamente a la información que la propia Comunidad de regantes le ofreció en el acto que desestimaba su reclamación patrimonial, como pie de recurso. Se le ofreció la alzada y ese recurso interpuso. No puede ahora ampararse la Confederación en que el recurso administrativo era improcedente para dejar de resolver la cuestión”.

También en sentido similar resolvió la STSJ de Aragón de 26 de mayo de 2014 (ROJ 689/2014), Ponente: Ignacio Martínez Lasierra; o la STSJ Murcia de 15 de marzo de 2004 (ROJ 511/2004), Ponente: José Abellán Murcia.

⁶¹⁶ STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2015 (ROJ 4645/2015), Ponente: María Antonia Lallana Dupla.

⁶¹⁷ STSJ Murcia de 22 de enero de 2009 (ROJ 654/2009), Ponente: Joaquín Moreno Grau; o, de igual modo, sentencia del mismo Tribunal de 12 de septiembre de 2007 (ROJ 2694/2007), Ponente: Abel Ángel Sáez Domenech.

por canalización de la causa de inadmisión consistente en *solicitudes manifiestamente carentes de fundamento*, de palpable naturaleza substantiva, se han visto inadmitidas en vía del procedimiento de responsabilidad patrimonial, confirmadas judicialmente, solicitudes que acarreaban los siguientes defectos de clara tendencia formal: reclamación dirigida a órgano incompetente; falta de legitimación activa o pasiva; prescripción; falta de requisitos preprocedimentales, cosa juzgada administrativa, inadecuación procedimental u otras situaciones inverosímiles.

Se trata, por tanto, de un aspecto vagamente regulado en la LPAC pero que tiene una influencia poderosa en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Orientación, la recién descrita, que juzgo negativa desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la eficacia procedimental. Es cierto que la inadmisión busca evitar tramitaciones innecesarias y abandera el principio de economía procesal, pero no lo es menos que debe responder a unas reglas claras que allane el dificultoso camino casuístico del que es informada esta figura.

De forma complementaria, existen dos problemas cuyos contornos aun deben ser perfilados. Por un lado, se debería aclarar el rol del *acto de admisión a trámite* en el procedimiento de responsabilidad y su influencia en el plazo del mismo. En aplicación de las normas generales de la LPAC, sin embargo, parece diáfano que el acto de admisión formará parte del plazo de seis meses de duración de este. En este sentido, el art. 31.2 c) de la LPAC es claro por cuanto prevé que el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de la solicitud. Por otro lado, interesa que la inadmisión se regule en este procedimiento de forma expresa, previendo las causas generales de inadmisión e incluso si se permite que aquella enumeración sea *numerus apertus* o no. Lo que en cualquier caso está fuera de lugar es que las causas de inadmisión no sean *restrictivas*, ya que, si bien en ocasiones necesarias, en muchas otras un juicio *a limine* puede causar importantes lagunas en la manera de reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Imaginemos una inadmisión en vía administrativa que luego se admite ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por esta razón, dicho replanteamiento de las causas de inadmisión en el procedimiento debería venir acompañada del apartamiento de la causa establecida en el art. 88.5 de la LPAC, las solicitudes manifiestamente carentes de fundamento, al menos en lo que respecta al ámbito de la responsabilidad patrimonial, ya que el juicio sobre el fondo no debería hacerse en un supuesto trámite de admisión, sino tras la tramitación del procedimiento, aunque este sea breve⁶¹⁸.

⁶¹⁸ El plazo de duración del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial es un plazo máximo, por lo que, nada impide al órgano instructor acelerar su tramitación en vista del carente fundamento de la razón de pedir y concluir el procedimiento mucho antes de los seis meses de su duración.

Capítulo 3. La ordenación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

I. APROXIMACIÓN GENERAL A LAS NORMAS DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Entre la iniciación del procedimiento y su instrucción, la LPAC regula en cinco artículos (de 70 a 74) unas reglas que, a priori, parecen tener un menor peso en el camino procedimental. Dicha regulación de ordenación procedimental se puede entender como aquella encargada de proporcionar unas pautas de carácter previo a la fase nuclear de la formación de la voluntad administrativa (instrucción) que pretenden sentar unas normas que van a informar, con alcance general, el devenir de los trámites que van a sucederse. Que tenga carácter previo (de facto, en la regulación legal) implica que la fase de instrucción se va a tener que regir por los principios de la propia ordenación. Principios que, al fin y al cabo, y, dicho de otra manera, tienen una vocación de formar el *gobierno del procedimiento*, consistente en ordenar una actividad de impulso, dirección y constancia de las situaciones (trámites) acontecidas en el mismo⁶¹⁹.

⁶¹⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 2001, definían a las actividades de ordenación (desde la inspiración procesalista) de un modo similar, como “aquellas actividades procesales que se proponen gobernar el procedimiento, esto es, preparar, disponer y conservar los datos que, aportados y comprobados en la fase de instrucción, habrán de servir en su día para dictar la resolución con la que debe normalmente terminar el procedimiento”.

Es decir, como explica Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo común y responsabilidad de la tramitación”, en el manual coordinado por José GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, Tomo II, págs. 1197 y ss., a partir del planteamiento anterior, hay que entender el desarrollo procedimental a partir de las etapas que va atravesando. Así, el impulso consiste en hacer avanzar el procedimiento; la dirección consiste en la emisión de actos de diversa naturaleza (actos de resolución de cuestiones incidentales; de comunicación; de intimación (citaciones, requerimientos, etc.); y los actos de constancia son aquellos que dejan testimonio de otros actos manifestados de forma oral o por escrito que se vayan realizando a lo largo del procedimiento.

Más claramente, y como apunta GONZÁLEZ RÍOS, “la ordenación hace referencia al conjunto de criterios, principios o reglas que debe respetar la Administración durante toda la tramitación del procedimiento”⁶²⁰. Porque, al fin y al cabo, se trata de normas de ordenación de trámites que van destinadas –tal y como expresa el art. 71.3 de la LPAC– más a las unidades administrativas delegadas (en el ejercicio de su quehacer rudimentario) que a los órganos instructores⁶²¹, y de esta manera inciden más sus mandatos en la organización del procedimiento que en la averiguación o toma de decisiones de carácter substantivo o adjetivo, función más propia de la instrucción.

De sus normas huelga destacar las novedades añadidas por la LPAC consistentes en la regulación del expediente administrativo, y la especial trascendencia del factor electrónico (característica básica de las leyes de 2015) en las normas orientadoras de las secuencias de tramitación, por cuanto establece el artículo 71.1 que el procedimiento se impulsará de oficio “a través de medios electrónicos”; de igual modo que el artículo 70.2 según el cual el expediente tendrá “formato electrónico”⁶²². Ello guarda lógica conexión con la llamada preferencia del medio electrónico consagrada a lo largo de muchos artículos de la LPAC (y de la LRJSP), como por ejemplo el art. 26 al ordenar, con carácter general, que los actos administrativos se produzcan por escrito y a través de medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija otra cosa. Por tanto, y valiéndome de las palabras utilizadas por MARTÍN DELGADO, la regla general es que “a nivel interno, la gestión del procedimiento será íntegramente electrónica”, aunque el mal funcionamiento interno patente en la actualidad y sus consecuentes críticas doctrinales no se han hecho esperar⁶²³.

⁶²⁰ Isabel GONZÁLEZ RÍOS, “Reglas generales de ordenación e instrucción de los procedimientos”, en la obra colectiva dirigida por Eduardo GAMERO CASADO y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, op.cit., pág. 1523. La autora se ampara, a su vez, en la afirmación de José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 178, consistente en que la ordenación procedimental no es tanto una fase, sino una serie de reglas y principios de tramitación.

En este último sentido también lo expresaba de antaño Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1964, pág. 425.

⁶²¹ De este modo lo expresan Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, op. cit., pág. 478.

⁶²² Como decía Anabelén CASARES MARCOS, “Novedades en materia de administración electrónica...”, op. cit., pág. 19, la consagración definitiva de la Administración electrónica encuentra en la nueva LPAC su “oportuno reflejo en el régimen específico aplicable a la ordenación del procedimiento”.

⁶²³ Isaac MARTÍN DELGADO, “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en el libro dirigido por Francisco LÓPEZ MENUDO, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016, págs. 77 y 78. El autor va más allá al advertir que la vulneración de estas obligaciones (entiéndase internas) pueden suponer la infracción del ordenamiento y su consiguiente efecto en la validez de los actos.

Ahora bien, desde el nacimiento de las nuevas leyes, la doctrina ha tenido la tendencia de poner más que en duda la capacidad administrativa para organizarse internamente de forma adecuada tal y como marcan las leyes, sin que desatinen en dichas afirmaciones. Así, por ejemplo, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en

Sin que sean precisas más observaciones en este momento, cabe entrar en las disposiciones específicas del Capítulo II, Título VI de la LPAC, que nos proporciona las reglas singulares que deben presidir la vocación *decidendi* de la tramitación procedimental, encabezadas por el expediente administrativo como elemento de nueva incorporación entre dichas normas.

II. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y SU ESPECIAL TRASCENDENCIA EN LOS ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES ACERCA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

A. Breve referencia al concepto de expediente administrativo

El expediente administrativo se podría definir de forma coloquial, como ya hacía de antaño algún autor, como *la materialización del procedimiento hecho papel*, una definición que sigue siendo válida hoy siempre que se le añada el vocablo “electrónico” al final⁶²⁴. De este modo, y empezando por el principio, es definido por el art. 70.1 de la LPAC como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”. Tanto la incorporación del artículo 70 en sí mismo como la regulación legal del expediente administrativo, como decía, es una novedad con respecto a la LRJPAC, proporcionándonos ahora la LPAC unos parámetros más detallistas sobre el concepto de expediente antes apuntado.

Sin embargo, tampoco es una novedad normativa en nuestro ordenamiento jurídico –sin perjuicio de que tenga relevancia que lo recoja la LPAC– ya que solo supone una translación (idéntica en lo material) del concepto de expediente que ya venía acuñando el art. 164.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF, en adelante). Dicho de otro modo, tal y como remarca la jurisprudencia al hilo de lo anterior, el expediente administrativo consiste en una serie de actuaciones administrativas debidamente documentadas que son un *reflejo del procedimiento* del que trae causa el acto administrativo⁶²⁵. Sin embargo, tal y como ya

la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *RAP*, núm. 198, 2015, pág. 363, al señalar que las Administraciones tienen un problema con sus comunicaciones internas; o Clara VELASCO RICO “Novedades en materia de Administración electrónica”, en la obra dirigida por ella misma, *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015, op. cit.*, págs. 134 y 135 que apuntaba a que “se ha puesto de relieve que en el ámbito interno de las Administraciones todavía queda mucho trabajo por delante si se quiere que su funcionamiento sea exclusivamente electrónico”, refiriéndose (en la misma línea que Fernández Rodríguez) que la Administración no puede obligar a los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con ella si ésta “en su *back-office*, todavía no (lo) ha hecho”.

⁶²⁴ Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 89, citaba esta simple –pero esencial– definición que Aurelio Guaita formulaba en el año 1964.

⁶²⁵ Así lo estableció la STS de 23 de abril de 1986 (ROJ 10194/1986), Ponente: Francisco González Navarro; y lo vienen recordando en el mismo sentido otras resoluciones más actuales como por ejemplo

sostenía RIVERO ORTEGA de cara a la definición proporcionada por el ROF, el concepto debe ser más simple y preciso que el proporcionado (ahora también por la LPAC) ya que es demasiado prolijo. El autor propuso en su momento la siguiente definición: “expediente administrativo es el conjunto de documentos ordenados por la Administración sobre un asunto determinado”⁶²⁶.

La razón que justifica la necesaria simplificación es el hecho de que la comprensión del expediente como procedimiento es por lo general adecuada, pero no absoluta. Así, en concreto, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial siempre busca finalizar con una resolución, así que en este ámbito nos movemos dentro de la regla general de que el expediente de responsabilidad patrimonial es un reflejo procedimental. Ahora bien, siguiendo con lo defendido por RIVERO ORTEGA, existen otros tipos de expedientes que no necesariamente tendrán por objeto hipotéticas resoluciones administrativas⁶²⁷. Precisamente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial (y tal y como apuntaba en el Capítulo anterior), cabe la formación de un expediente previo (actuaciones previas del artículo 55 LPAC) al inicio del procedimiento dedicado a la mera investigación de las circunstancias que podrían dar lugar a la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin que ello implique necesariamente la culminación de aquel expediente en la incoación final del procedimiento en sí mismo.

B. El contenido del expediente administrativo: especial atención a la exclusión de la información accesoría

Como también he adelantado antes, el elemento troncal del expediente es uno de forma. Deberá tener formato electrónico (art. 70.2), una cuestión que, por lo general, ha sido bien recibida por la doctrina. En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN califica dicho mandato como “una de las fortalezas del procedimiento” por la dificultad que implica manipular el expediente y, especialmente, en relación con dos cuestiones: de un lado, la fecha de emisión de documentos (y trámites); y de otro lado, la composición e integridad de estos desde que se forman⁶²⁸. En la misma línea MARTÍN DELGADO en cuanto apunta a la mejora de la seguridad del expediente electrónico, refiriéndose a la obligación de la Administración de crear un índice de los documentos que contenga el

la STS de 18 de julio de 2013 (ROJ 4987/2013), Ponente: Ricardo Enríquez Sancho; o la STS de Galicia de 7 de julio de 2011 (ROJ 6108/2011), Ponente: Juan Carlos Fernández López.

⁶²⁶ Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, op. cit., pág. 92.

⁶²⁷ Así, por ejemplo, los expedientes personales (aquellos que tienen por objeto la recopilación de documentos que tienen que ver con el aspecto de la vida de una persona, como por ejemplo el expediente sanitario que tiene por objeto racionalizar el tratamiento de la información de los pacientes); o los expedientes informativos (aquellos que recopilan y ordenan documentos sin el fin concreto o necesario de tomar una decisión final; como pueden ser las actividades de inspección). Véase, para mayor abundamiento, Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, op. cit., págs. 94 a 97.

⁶²⁸ Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Las luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, consulta *electrónica* en fecha 15 de enero de 2018.

expediente electrónico, así como de foliar y autentificarlo –de conformidad con lo establecido en los arts. 70.2 y 70.3 de la LPAC–, todo ello en pro de garantizar su integridad y autenticidad⁶²⁹.

En cuanto al contenido documental, el artículo 70.2 LPAC determina que se agregarán en el mismo de forma ordenada los “documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias” que deban integrarlos, que deberán ser numerados en el respectivo índice y con constancia de una copia electrónica certificada de la resolución adoptada cuando la haya. También formarán parte del expediente electrónico los informes solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento, sea cual sea su carácter, preceptivos o facultativos (art. 70.4 LPAC). Dicho de otro modo, estará formado por todos aquellos actos (documentos) que conforman el desarrollo procedimental. Este contenido es una garantía para el ciudadano en cuanto permite la *constancia fehaciente* de todas las actuaciones administrativas, tanto a los efectos de la correcta defensa en el mismo procedimiento por parte de los interesados como a los efectos de los consiguientes recursos administrativos o contencioso-administrativos.

Ahora bien, el punto conflictual es la novedosa delimitación negativa del contenido del expediente, es decir, la previsión legislativa según la que se establecen aquellas actuaciones que no deben incorporarse en el mismo: “la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas” (art. 70.4 LPAC). Ha causado cierto recelo y crítica doctrinal esta previsión, que probablemente ofrecerá mucho juego tenebroso a la Administración. En palabras de FERNÁNDEZ FARRERES, esta exclusión de las prácticas administrativas silenciosas implica expurgar o “cepillar” del expediente todo lo que resulte incómodo o inoportuno⁶³⁰. También VELASCO RICO califica dicho precepto como una especie de “poda” o “recorte” de elementos tradicionalmente incluidos en el expediente y pide diferenciar entre los supuestos (justificados) de inaccesibilidad de los

⁶²⁹ Isaac MARTÍN DELGADO, “La reforma de la Administración electrónica...”, *op. cit.*, pág. 75. También señala el autor que se facilita de este modo la gestión misma del expediente, ya que el factor electrónico permite, por ejemplo, que un mismo documento forme parte de varios expedientes. Por tanto, la comodidad que ello otorga en la gestión del día a día administrativo es indudable.

En concreto, el artículo 70.3 de la LPAC establece específicamente dichas ideas: “Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autentificado y acompañado con un índice, asimismo autentificado, de los documentos que contenga. La autentificación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos”.

⁶³⁰ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común...”, *op. cit.*, pág. 69.

simples ciudadanos que ejerzan su derecho de acceso a la información pública; pero sin considerar la autora que ello deba extenderse al impedimento por parte del juez o tribunal a acceder a este tipo de datos que, en su opinión, sí deberían formar parte del expediente⁶³¹. Sin embargo, considero que no todo vale como contenido del expediente administrativo (ni siquiera para el acceso del juez o tribunal)⁶³² y, consecuentemente, no toda información debe formar parte del mismo, siendo correcta la exclusión de la *información auxiliar o de apoyo* del expediente (siempre que ésta sea auxiliar de verdad), pero apuntando mis dudas a los llamados “juicios de valor” que además considero que deben poseer la nota (igual que la información auxiliar) de la *accesoriedad* no relevante a los ojos de la correcta defensa del interesado para ser objeto de exclusión del expediente.

Pero debido a la semejanza de esta previsión –salvo en lo relativo a los “juicios de valor” y otros tipos de mecanismo de almacenamiento informático de datos (aplicaciones, ficheros y bases de datos)– con el artículo 18.1 b) de la LTBG, por cuanto prevé como causa de inadmisión de la solicitud de acceso a la información un supuesto análogo al recogido en el artículo 70.4 LPAC, cabe que nos centremos en la respuesta que nos ha proporcionado la doctrina administrativa en el estudio de la transparencia y el derecho de acceso a la información⁶³³.

Así, de entrada, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) calificó a la información de carácter auxiliar o de apoyo como un “concepto jurídico indeterminado que ha de ser resuelto atendiendo a criterios de sentido común, en relación con el contexto en que se sitúa dicho concepto”⁶³⁴. Que sea un concepto jurídico indeterminado es porque ni la LTBG ni ahora la LPAC definen esta información auxiliar. Ahora bien, lo que sí nos proporcionan las dos leyes es una lista *numerus apertus*, por tanto, de carácter ejemplificativo, sobre lo que debe entenderse por

⁶³¹ Clara Isabel VELASCO RICO “Novedades en materia de Administración electrónica”, *op. cit.*, págs. 136 y 137. La autora recuerda el símil que existe entre esta novedad que incorpora la LPAC con el que ya existía en el art. 18.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG). En concreto, el artículo dispone que se inadmitirán las solicitudes “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

De igual modo fue muy cuestionada la inclusión de estas cuestiones en la LTBG en su momento, por las dudas interpretativas que ello suscitaba, tal y como apunta Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes”, *RGDA*, núm. 46, 2017, pág. 3.

⁶³² Debo matizar que otra cosa sería el acceso a este tipo de información en la instrucción de las diligencias previas por parte del Juez o Tribunal de lo Penal en el desarrollo de su investigación para cuando se presuma la comisión de delitos por parte de los empleados públicos. Pero este es otro terreno, en el que ya no nos encontraríamos ante el ámbito de aplicación de la LPAC, debiendo atender a la LECrim.

⁶³³ En concreto, el art. 18.1 b) de la LGT dispone que se inadmitirán a trámite las solicitudes “[r]eferidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

⁶³⁴ Entre otras, en las Resoluciones del CTBG de 12 de noviembre de 2015 (núm. 123/2015) o de 15 de diciembre del 2015 (núm. 414/2015).

carácter auxiliar. En el caso del art. 70.4 se utiliza el adverbio “como” (para ejemplificar) la información introducida en “aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas”. Pero la doctrina del CTBG, como he apuntado también anteriormente, es clara en referencia al carácter ejemplificativo de la enumeración y que lo esencial del mismo es que la información (en nuestro caso, para ser excluida del expediente) debe tener la *condición principal de auxiliar o apoyo*. En este sentido, el Criterio Interpretativo del CTBG de 12 de noviembre de 2015 proporciona unos parámetros de interpretación sobre los documentos que pueden tener la condición de auxiliares o de apoyo que pueden resultar ilustrativos: a) cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad; b) cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final; c) cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud; d) cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento; e) cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final⁶³⁵.

De las anteriores causas que en su momento supusieron un preciado esfuerzo del CTBG por materializar, en la medida de lo posible, qué podía entenderse por información de carácter auxiliar o de apoyo, cabe que nos centremos en la última de las antes enumeradas: los informes internos. Pese a que, de entrada, el CTBG le parece otorgar este carácter auxiliar, no es menos cierto que –tal y como analiza con sumo detalle BARRERO RODRÍGUEZ– en sus resoluciones posteriores a la emisión de aquel Criterio Interpretativo, el Consejo niega dicho carácter a muchos otros informes no preceptivos siempre que éstos se consideren esenciales para conocer el resultado final de la decisión⁶³⁶. Ahora bien, en el ámbito que nos movemos debo especificar que el art. 70.4 de la LPAC ya ha excluido expresamente de lo que se entiende por notas de auxilio o de apoyo a los informes “preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento”. Lo que *a priori* es una solución

⁶³⁵ Criterio Interpretativo del CTBG de 12 de noviembre de 2015 (núm. 6/2015). También dispone, finalmente que el desglose en “notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas” no es una definición nominal sino un ejemplo de documentos que, con un determinado formato (formato que es ampliado en el listado ejemplificativo del art. 70.4 de la LPAC), puede contener información que cumpla con los condicionantes para poder ser calificada, una vez más, como de carácter auxiliar o de apoyo.

⁶³⁶ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información...”, *op. cit.*, págs. 17 a 20. En concreto la autora, en base a la doctrina del CTBG, apunta lo siguiente: “[e]n definitiva, un informe no preceptivo y que no se ha incorporado a la motivación final del acto podrá ser considerado, a los efectos de la aplicación del artículo 18.1 b), información auxiliar o de apoyo, aunque también, y en función de las circunstancias y características de cada caso, podrá carecer de esta condición si se estima relevante para el conocimiento de la actuación pública. De esta forma, el CTBG se desdice en cierto modo de lo que con carácter general sostiene en su Criterio Interpretativo que parece exigir, para que un informe facultativo no sea considerado información auxiliar (...)”.

La autora cita, entre otras, la Resolución del CTBG de 24 de febrero de 2016 (núm. 432/2015).

adecuada, la necesidad de diferenciar estos últimos de los “informes internos” (que la LPAC sí considera como información auxiliar) hace que el panorama se vuelva más gris⁶³⁷. Así, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, debe ser indiscutible que los informes a los que hace referencia el art. 81 de la LPAC han de formar parte del expediente, así como los informes periciales, técnicos, científicos o de autoridad (atestados policiales, de los servicios de emergencias, etc.), ya que la regla general del artículo 80 es que los informes serán facultativos y no vinculantes, aunque ello no es causa para considerar su exclusión del expediente, aun de no tenerse en cuenta en la resolución final. En los siguientes párrafos trataré de justificarlo.

Seguidamente, y del mismo modo, también entiendo que cualquier otro “informe” o juicio de valor (que se expida de manera formal) de cualquier naturaleza y que sirva (a modo de contenido material) para poner de manifiesto hechos de un asunto concreto, que aclara aspectos sobre los hechos o sobre cuestiones técnicas o jurídicas, que otorga un criterio sobre un caso; que haya sido emitido por un agente administrativo (órgano, unidad, empleados de la Administración o terceros); y que sirve para elaborar la voluntad administrativa final plasmada en un acto de trámite de cualquier tipo; debe formar parte del expediente administrativo⁶³⁸. Es cierto que la palabra “informe” es, quizá, inoportuna. Porque un informe es, según el DRAE, una “descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto”, lo cual, de entrada, genera una idea conforme a la que se sobreentiende su amplio peso en un procedimiento concreto, ya que, precisamente lo que puede interesar a las partes del procedimiento es cualquier cuestión que les proporcione información sobre lo tocante a sus legítimos intereses. Es oportuno que se reconsidere dicha calificación y aproxime el informe interno o interorgánico al que se refiere la LPAC a un mero acto de comunicación no formal, siempre que en el fondo sea aquel el sentido de este.

Ahora bien, tal y como defendía anteriormente, considero que la previsión recogida en el art. 70.4 de la LPAC debe existir. No sin matices, ya que es evidente que

⁶³⁷ Si directamente el propio art. 70.4 de la LPAC ha sido ostensiblemente criticado por la doctrina, más aún lo ha sido la calificación como información auxiliar o de apoyo de los informes de carácter interno o entre órganos o entidades administrativas o los “juicios de valor” emitidos por las Administraciones Públicas. En esta línea, José María BAÑO LEÓN, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, en la obra colectiva coordinada por Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ, *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 12 a 14 de la versión electrónica, lo ha tildado, sin ir más lejos, de “descabellado”, ya que “[u]na cosa es que en una Administración digitalizada no incluya en el expediente toda la huella, incluidos los borradores elaborados por los funcionarios, y que sucesivamente puedan irse modificando, y otra muy distinta y peligrosa que se suprima del expediente los informes internos o entre órganos administrativos o los juicios de valor que puedan emitir los funcionarios públicos. No se acierta a encontrar explicación a esta última serie de exclusiones, que permiten a la Administración, permítasenos la expresión, arreglar el expediente a su gusto borrando toda huella de las opiniones internas de los funcionarios o de otros órganos de la Administración”.

⁶³⁸ Como sostiene la SAN de 25 de julio de 2017 (ROJ 3357/2017), Ponente: Javier Eugenio López Candela, lo instrumental o accesorio de un determinado documento a efectos, en este caso de su incorporación al expediente, “no depende de su carácter formal sino de su verdadero contenido material”.

hay expresiones un tanto temerarias (informes internos o juicios de valor)⁶³⁹. Que la transparencia en el expediente deba ser una garantía del próximo derecho a la defensa del interesado es una obviedad⁶⁴⁰. No obstante, ello no debe implicar que el funcionario y, por extensión, el funcionamiento interno de la Administración esté sometido a un exceso en la transparencia hasta el punto de convertirlo en el protagonista de una especie de *reality show*, ni siquiera en razón de una hipotética intervención judicial posterior. De este modo, no considero que deba introducirse en el expediente información como, por ejemplo, la citada en el proceso judicial que dio lugar a la SAN de 24 de abril de 2017 en la que el CTBG, como parte apelante, calificaba de auxiliar o de apoyo por su carácter meramente de organización del trabajo interno (notas de trabajo)⁶⁴¹. De este modo, opino que, por ejemplo, no tendría sentido alguno (la obligatoriedad de) la incorporación en el expediente de las comunicaciones realizadas entre los funcionarios por vía del correo electrónico en ejercicio de su quehacer diario, siempre que se trate de supuestos que supongan el comentario de un caso determinado, de un aspecto del mismo, o de la solicitud de opinión personal. En el mismo sentido, tampoco deben incorporarse las otras *notas de trabajo* (borradores, documentos auxiliares instrumentales, inacabados, etc.) que un funcionario toma durante un proceso determinado⁶⁴².

⁶³⁹ Sobre la deficiente utilización del concepto “informes internos” como causa de exclusión del expediente administrativo véase el trabajo de Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, “El procedimiento administrativo común: novedades en el régimen jurídico de los principales instrumentos de la e-administración”, en la obra colectiva dirigida por María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común, op. cit.*, pág. 451. El autor considera que el contenido del precepto resulta contradictorio *in terminis*, cuando conforme al art. 80.1 de la LPAC no existe legalmente una categoría de informe denominado “interno”, “pues, con carácter general todos los informes son internos, parece que estamos en presencia de una nueva deficiencia legislativa, consecuencia de la falta de reposo y reflexión en la elaboración de la norma y de su proceso de aprobación, que recordemos se realizó vía Comisión Legislativa plena”.

⁶⁴⁰ Una obviedad que el TS ha debido recordar en alguna ocasión, según explica Oriol MIR PUIGPELAT, *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a la información pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2019, págs. 135 y 136.

⁶⁴¹ Así, por ejemplo, “las opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesta la posición de un órgano o entidad, o lo que es lo mismo las valoraciones personales de los miembros del órgano, en la medida en que no reflejan la opinión del mismo, aunque se hayan tenido en cuenta para emitir su voluntad; versiones previas y borradores; información preparatoria, y en este sentido tenemos que insistir en la consideración que tienen los papeles de trabajo de los miembros del órgano de apoyo; comunicaciones internas (...)”. Véase la SAN de 24 de abril de 2017 (ROJ 1434/2017), Ponente: José Luis López-Muñiz Goñi.

Es decir, las opiniones o valoraciones personales que expresan los miembros de los órganos que, con ocasión de un asunto determinado o por razón del debate de este (como consecuencia inherente del día a día de su trabajo) no deberían incluirse en el expediente administrativo por tener un carácter primordialmente “personal”, aunque por razón de trabajo.

⁶⁴² Debo traer a colación la alegación que hizo el Abogado del Estado en el proceso antes mencionado (en la SAN de 24 de abril de 2017) sobre dichos extremos: “igual que cuando un Magistrado presidente de una vista en un procedimiento abreviado, toma notas sobre las intervenciones de las partes, e igual que cuando el abogado del Estado toma notas sobre las alegaciones del demandante en un procedimiento para contestarlas, o cuando prepara un informe, lo ‘borradores’ y las ‘notas’”. Por eso, el artículo 18 de la ley 19/2013 excluye de la obligación de suministrar esa información... Las notas que han

Se puede observar a raíz de los ejemplos anteriores que la exclusión de algunos documentos es plenamente conforme con la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de inadmisión al acceso a la información pública tanto de conformidad con la doctrina del TEDH⁶⁴³, así como de conformidad con la posición reforzada en el acceso al expediente administrativo de quien es interesado en el procedimiento [art. 53.1 a) LPAC], con respecto al simple acceso a la información pública [art. 12 LTBG y art. 13 d) LPAC]. Y me parece oportuno apuntalar esta última afirmación, *in fine*, a partir de lo formulado –con buen criterio– por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (en adelante, GAIP) en su Resolución de 15 de febrero de 2017 al respecto, que merece la pena ser objeto de transcripción:

“La exclusión que efectúa la Ley del acceso a este tipo de borradores tiene una doble razón de ser: por un lado, para garantizar el buen funcionamiento de los servicios administrativos, que podrían verse colapsados injustificadamente si hubieran de atender peticiones de acceso a documentos meramente auxiliares que se generan constantemente, que no forman parte del expediente correspondiente y que no tienen ninguna relevancia jurídica ni ningún valor añadido

tomado los miembros del órgano de apoyo en el que han recogido, normalmente manuscritamente, sus consideraciones subjetivas sobre el candidato son documentos internos y papeles de trabajo que no deben suministrarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la ley”.

Destaca Oriol MIR PUIGPELAT, “El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma”, *RCDP*, núm. 55, diciembre, 2017, pág. 63, que de conformidad con la doctrina de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (CGAIP) –la autoridad que vela por el cumplimiento del derecho de acceso a la información en Cataluña– la causa de inadmisión de las solicitudes de *información auxiliar o de apoyo* no planea sobre los informes internos, pero sí sobre los borradores (documentos no definitivos o inconclusos).

⁶⁴³ El artículo 10.1 de la CEDH establece que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras (...)”.

De entrada, la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre este precepto considera que el art. 10 no garantiza, por sí mismo, el derecho de acceso a la información pública. Dicho derecho lo ampara solo en dos supuestos: de un lado, cuando hay una decisión judicial al respecto; y, en segundo lugar, y más importante, en el supuesto en el que el acceso a las informaciones es decisivo para que la persona solicitante pueda ejercitar su derecho a la libertad de expresión. Dicho de otro modo, el acceso a la información debe ser un cauce previo al ejercicio (efectivo y real) del derecho a la libertad de expresión. El TEDH habla incluso de ponderar si la solicitud de acceso a la diferente información es “proporcional con el objetivo legítimo perseguido” y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar son “relevantes y suficientes”, y no meras denegaciones infundadas. Véase, en este sentido la STEDH, Gran Sala, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 18030/11), en el caso *Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría*. La solicitante era una periodista interesada en realizar un estudio sobre las asignaciones de los abogados del Turno de Oficio que hacía la Administración húngara, que le fue denegada en los términos que ella inicialmente solicitó. El TEDH le dio la razón por tratarse de una cuestión de interés nacional que permitiría a la solicitante efectuar con éxito el estudio sobre el funcionamiento del sistema de designa de los abogados de oficio de conformidad con el hecho de que pertenecía a una ONG para la protección de los derechos humanos y, que tenía por objetivo contribuir de este modo al debate sobre una cuestión de interés público evidente.

Sin embargo, esta decisión no fue pacífica. Así lo demuestra el voto particular emitido por el juez Robert Spano y suscrito por el juez Jon Fridrik Kjolbro, advirtiendo que el TEDH acababa de crear un nuevo derecho (autónomo) en base a la CEDH, el derecho de acceso a la información pública; siendo ello incompatible, *ratione materiae*, con la propia Convención, además de con la jurisprudencia de la misma relativa a la protección de los datos personales (que en el caso concreto considera su vulneración).

significativo desde el punto de vista de la transparencia. Por otro lado, el acceso a los borradores de los documentos elaborados por los diferentes órganos administrativos podrá tener efectos perjudiciales para los procesos de toma de decisiones, inhibiendo el debate franco y abierto, la innovación, la creatividad, la formulación de críticas y de propuestas alternativas y el intercambio de información relevante. Los integrantes de un órgano colegiado (como la Comisión de estudio aquí considerada) y los órganos unipersonales y empleados públicos deben poder tener la tranquilidad de que los borradores que elaboren y se intercambien, y que en sí mismos no tengan relevancia o interés público, no verán la luz hasta que tengan la condición objetiva de documentos definidos⁶⁴⁴.

Lo que se está defendiendo en el párrafo anterior y que suscribo desde la primera a la última línea del mismo es lo que GUICHOT REINA –recordando a los análisis de la Comisión Europea entre los años 2000 y 2003– llamaba como el *espacio para pensar*, en el sentido de que la exclusión de determinado acceso responde a la idea de que la decisión que deba adoptarse sea protegida en virtud de preservar el buen desarrollo del proceso de toma de decisiones libre de interferencias⁶⁴⁵. Ello no es otra cosa que preservar también el principio de eficacia al que es sometida la Administración (art. 103.1 CE). Por tanto, debe atemperarse dicho proceso decisorio otorgándoles a los agentes administrativos cierto espacio o margen para pensar o para desarrollar libremente sus ideas, sin que todo ello deba incluirse en el expediente administrativo y sin que ello afecte a los derechos e intereses del interesado en el procedimiento ya que a éste le interesará todo aquel documento definitivo (de trámite) que se tenga en cuenta a la hora la formación de la voluntad administrativa. Pero una cosa son estos, y otra muy distinta aquellos documentos extraprocedimentales que pueden cambiar a lo largo de las deliberaciones y cuyo secreto tiene por objeto la gestión eficaz de los asuntos públicos (*effective conduct of public affaire*).

2. EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Hechas las oportunas consideraciones de carácter marcadamente general sobre el expediente administrativo, no es menos cierto que estas tienen un alcance importante en el procedimiento relativo a la responsabilidad patrimonial⁶⁴⁶. Es razón de ello el hecho de que un posterior proceso contencioso-administrativo se nutrirá, fundamentalmente, del expediente administrativo previo; que se conforma, por tanto,

⁶⁴⁴ Resolución de la GAIP de 15 de febrero de 2017 (núm. 49/2017), Ponente: Oriol Mir Puigpelat.

⁶⁴⁵ Emilio GUICHOT REINA, *Transparencia y acceso a la información pública en España: Análisis y propuestas legislativas*, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), núm. 170, 2011, pág. 27. Señala además el autor que “el Derecho comunitario se muestra avanzado, pues los análisis comparados llevados a cabo por la Comisión habían apuntado que en algunos sistemas nacionales se dota a la Administración de la facultad de denegar el acceso respecto de los documentos redactados para exclusivo uso interno y los documentos preparatorios (...)”.

⁶⁴⁶ De ahí se justifica el peso dado también a aquellos documentos que deben excluirse del expediente administrativo, ya que las dudas jurídicas sobre el expediente deben resolverse tanto en su acepción positiva como en la negativa, y más cuando el art. 70.4 ha suscitado una gran polémica doctrinal y, de bien seguro que la misma se trasladará a la práctica judicial.

como la herramienta principal del interesado (y luego recurrente) para la amplia satisfacción de su derecho a la defensa procesal: es, por tanto, una garantía contencioso-administrativa⁶⁴⁷.

A. La vocación de completitud probatoria del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial

Dicho lo anterior, cabe que se tenga en cuenta que, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el expediente administrativo y –por extensión– los documentos en él incorporados, conforman prácticamente la totalidad de las actuaciones administrativas y de las promovidas por los interesados sobre la fijación de los hechos y circunstancias (probatorias) acaecidas alrededor de la lesión producida. Como he defendido en otro lugar de este trabajo, la LPAC configura el procedimiento de responsabilidad patrimonial con cierta vocación de integralidad o completitud. Esto significa que la Ley exige que en el procedimiento (materializado en el expediente) se fijen con claridad los requisitos materiales para que haya responsabilidad, existencia de lesión, nexo de causalidad, evaluación económica, y otras circunstancias fácticas que fueran oportunas; pero también todo el cauce probatorio, siempre que ello –en aras de la naturaleza de la *causa petendi*– sea posible (p. ej., arts. 61.4, 65.2, 67.2, 75.1, 76.1, 77, 81 o 82 LPAC).

Por poner algún ejemplo concreto, el art. 65.2 LPAC, relativo a la iniciación de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, exige que el acuerdo de iniciación que se notifica a los particulares lesionados concederá un plazo de diez días para que “aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo”. O, en el mismo sentido, el art. 67.2 LPAC, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial, exige que esta contenga –además de la especificación de las exigencias legales para la existencia de responsabilidad– “cuantas alegaciones, documentos e informaciones que se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”. Todo ello por no hablar de la fase de instrucción, que el propio art. 75.1 la orienta hacia la determinación, el conocimiento y la comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Así, no solo los reclamantes tienen la función de probar, sino que también la Administración puede (“los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario” según el art. 77.5 LPAC) o debe (“en el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será

⁶⁴⁷ Véase en este sentido Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria...*, *op. cit.*, págs. 271 y 272. Sobre el papel de garantía del proceso contencioso-administrativo que tiene el expediente administrativo véase también el trabajo de José María BAÑO LEÓN, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, *op. cit.*, págs. 12 a 14 de la versión electrónica.

preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable...” conforme el art. 81.1 LPAC) hacerlo.

Pues bien, esta actividad probatoria puede llevarse a cabo a través de los múltiples medios probatorios aceptados en derecho como por ejemplo documentos públicos, documentos privados, informes periciales, informes de servicios, u otro tipo de medio de cualquier naturaleza admitido⁶⁴⁸, pero quedará plasmada –de algún modo u otro– en el propio expediente administrativo. Todo debido a la vocación de completitud probatoria que la LPAC asimila⁶⁴⁹. Debo matizar que ello es así si pretendemos una visión, en cierto modo, ideal de la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, en que los actores inmergidos realizan una actividad procedimental completa (en cuanto a la fijación de hechos, la acreditación de los mismos, y su vinculación con los fundamentos de derecho aplicables).

No es infrecuente, pese a lo anterior, que los Juzgados y Tribunales reprochen en vía contencioso-administrativa la carencia en la prueba imputable al recurrente⁶⁵⁰; o la deficiente tramitación del procedimiento por parte de la Administración⁶⁵¹. Todo ello sin perjuicio de aquellos hechos que en el procedimiento aún no pueden acreditarse debidamente o, los hechos o documentos novedosos que aparecen una vez iniciado el proceso judicial; o, por último, debido a la estrategia que el interesado pudiera utilizar. Incluso lo habitual es el escepticismo –justificado, en muchas ocasiones– del interesado acerca del resultado que puede obtener en vía administrativa, lo que “le lleva a veces a descuidar la prueba en sus alegaciones en dicha vía”⁶⁵². Pero acerca de este último hecho, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO hacen una buena reflexión sobre la necesidad de que el interesado tenga esperanza y participe activamente en el procedimiento administrativo previo:

“como quiera que la admisión de la prueba en ulteriores instancias administrativas o en la judicial puede estar limitada o condicionada al particular le interesa que en vía administrativa

⁶⁴⁸ Sobre los concretos medios probatorios que puedan ser utilizados, me remito al Capítulo 5 de este trabajo, en el que se analiza con más detalle dichos extremos.

⁶⁴⁹ Ello, es cierto, lo será siempre y cuando se tramite correctamente el procedimiento y sin perjuicio de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶⁵⁰ Así lo puso de manifiesto Gabriel GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 31, obra en la que, además, se encuentran varios ejemplos sobre dicha cuestión.

También a lo largo del presente trabajo vamos a ver ejemplos sobre dichos aspectos, sobre todo, en el Capítulo 5 del mismo, al que también me remito.

⁶⁵¹ En este sentido Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2017, *op. cit.*, pág. 572, apuntaban que “la negativa de la Administración a abrir el período de prueba o a practicar las propuestas por el interesado, siempre que éstas sean objetivamente necesarias, puede determinar la nulidad de la decisión final en la medida en que esa negativa haya producido indefensión, pues, como ya señaló la Sentencia de 20 de noviembre de 1961, ‘de otra suerte holgarían los trámites de audiencia y alegaciones si no se admitieran en el de prueba las correspondientes justificaciones’”.

⁶⁵² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 2044.

queden demostrados cumplidamente los hechos que a él corresponda probar – problema de la carga de la prueba, que examinaré después – a fin de que si por cualquier circunstancia en vía judicial no se admitiera la prueba, haya en el expediente elementos suficientes para provocar el convencimiento del tribunal”⁶⁵³.

B. El valor asimétrico de las pruebas contenidas en el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial

Que el expediente administrativo tiene un marcado valor probatorio es una cuestión innegable, tanto a efectos del propio procedimiento como a efectos de un hipotético y subsiguiente proceso contencioso-administrativo, una cuestión que es pacífica tanto desde la doctrina⁶⁵⁴ como desde la jurisprudencia⁶⁵⁵. Ahora bien, cabe decir que el expediente administrativo tiene una discutible posición de medio probatorio en sí mismo. Básicamente porque el expediente no es estrictamente un medio de prueba, sino que es una plasmación procedimental de documentos que contiene la actividad probatoria practicada en el mismo y, en sentido estricto, los medios de prueba serán parte del contenido del expediente administrativo (junto con la reclamación, alegaciones y otras actuaciones llevadas a cabo). Dicho de otro modo, el expediente es el continente de los medios de prueba⁶⁵⁶.

Pero la prueba que tiene encaje en el expediente podría decirse –aunque con matices– que goza de una *naturaleza probatoria cualificada*, por el especial tratamiento en vía administrativa y su consiguiente valor atribuido en el proceso contencioso-administrativo; y con más razón cuando la parte que pretende discutir algún aspecto de este se limita a tener por reproducido el expediente en su integridad en la fase

⁶⁵³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., Tomo II, pág. 2044.

⁶⁵⁴ Es cuestión pacífica entre la doctrina, que se dedica a ponerlo así de manifiesto con habitualidad. A modo de ejemplo véase José María CASTELLS ARTECHE, “Un aspecto del valor probatorio de los expedientes administrativos”, *RAP*, núm. 74, 1974, pág. 115; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., Tomo II, pág. 2043; Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria...*, op. cit., pág. 272; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2017, op. cit., págs. 530 y 531; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, 4ª edición, Iustel, Madrid, 2016, pág. 86; César TOLOSA TRIBIÑO, “El valor probatorio del expediente administrativo”, *RJCL*, núm. 23, enero, 2011, pág. 208; o José María BAÑO LEÓN, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, *loc. cit.*

⁶⁵⁵ La doctrina jurisprudencial tradicional del TS tiene establecido que “las actuaciones del expediente administrativo constituyen material probatorio que debe ser valorado”. Dicha cuestión ha sido reiterada en sentencias como por ejemplo de 2 de diciembre de 1995 (ROJ 6119/1995), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; o de 2 de diciembre de 1997 (ROJ 2558/1997), Ponente: Julio Manuel Vázquez Guzmán. También en el mismo sentido, las SSTSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2005 (ROJ 15081/2005), Ponente: Mercedes Moradas Blanco; o de las Islas Canarias de 23 de julio de 2015 (ROJ 1513/2015), Ponente: Pedro Manuel Hernández Cordobés.

⁶⁵⁶ Sobre ello, la STS de 5 de febrero de 2018 (ROJ 340/2018), Ponente: José Luis Requero Ibáñez, se refirió a este tema diciendo que “[e]n cuanto al expediente administrativo hay que señalar la improcedencia de proponerlo como medio de prueba, práctica que es, sin embargo, habitual. En el proceso contencioso-administrativo es preceptivo remitirlo pues documenta el conjunto de antecedentes que desembocan en el acto o disposición impugnados. Por tanto, en este sentido no procede proponerlo como medio de prueba sino, en su caso, como objeto de valoración”.

probatoria del proceso⁶⁵⁷. Cabe recordar, en este sentido, una vieja –pero vigente– doctrina del TS (que fue posteriormente acogida por el TC) que viene sentando doctrina conforme a que “en el campo de la prueba, el expediente sirve de punto de partida para dar por acreditados unos hechos e intentar desvirtuar otros”⁶⁵⁸. Y la verdad es que de la práctica judicial habitual se puede deducir que el expediente administrativo contiene *prueba* en todo su sentido literal, sin perjuicio de que en el proceso se pueda discutir, en más o en menos, su valoración.

No desconozco, asimismo, que determinada doctrina procesalista es reacia a considerar como prueba en sentido estricto la practicada en el procedimiento administrativo, por considerar que prueba –con todas las de la ley– es la practicada en

⁶⁵⁷ A modo de ejemplo, véase la STC de 13 de noviembre de 2017, núm. 128/2017, Ponente: María Luisa Balaguer Callejón. Si bien no se dice expresamente lo apuntado (sobre la naturaleza *cuálificada* de la prueba), sí se deduce de las afirmaciones realizadas por el Tribunal. Se trata de un supuesto en el que el Tribunal deniega que se hubiere vulnerado el art. 24 CE (por indefensión) a la empresa recurrente a la que en el proceso se le había rechazado la ratificación pericial en fase probatoria. Tras la admisión del informe en sí mismo –que se había aportado por separado y también se hallaba en el expediente (al que la propia recurrente se remitió)– se consideró en vía contencioso-administrativa que no era necesaria la ratificación de este, por haber quedado suficientemente claros sus extremos. Todo ello en contra del criterio de la recurrente, que lo estimaba necesario para que el técnico realizara diversas aclaraciones sobre su propio informe y además sobre el informe de los técnicos municipales. A esto último el TC espetó a la recurrente que si quería contradecir “el informe técnico que obraba en el expediente administrativo tendría que haber aportado un nuevo dictamen pericial emitido con ese fin de conformidad con el artículo 336 LEC (...)”.

También creo conveniente traer a colación la doctrina del TC sobre el valor de las actas de inspección (documentos que pueden formar parte del expediente) y sobre las que tiene declarado que “pueden ser consideradas por la Administración como medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia, sin necesidad de que tenga que reiterarse en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo” (ello sin perjuicio de que sí cabe contra ellas prueba en contrario). En este sentido, con reiteración de doctrina, la STC de 23 de marzo de 2009, núm. 82/2009, Ponente: Manuel Aragón Reyes.

En este sentido, cabe dejar al margen el hecho de otorgarle un valor absoluto al expediente, y, por tanto, un valor *iuris et de iure*, porque tal y como sostenía Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo, op. cit.*, págs., 142 y 143, “[e]l expediente administrativo no contiene, necesariamente, la verdad jurídica de los hechos, pues no tiene el mismo valor que puede otorgársele, por ejemplo, a una sentencia firme”.

Finalmente, también cabe decir que se ha superado con creces la visión dura sobre la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa en el sentido de considerar impracticables pruebas en la vía contencioso-administrativa por haberse practicado en el procedimiento administrativo y con ello la vía judicial sería una suerte de recurso de casación. Véase en este sentido César TOLOSA TRIBIÑO, “El valor probatorio del expediente administrativo”, *op. cit.*, págs. 211 y 212. Pero si bien ello es cierto, no está de menos insistir en la fuerza, un tanto *sui generis*, que tiene o puede tener la prueba practicada en el procedimiento administrativo y que se plasma en el expediente, de cara a aquel proceso judicial posterior, como he puesto de manifiesto con la doctrina anterior del TC.

⁶⁵⁸ Ello fue puesto de manifiesto por José Ignacio RICO GÓMEZ, “El expediente administrativo y el proceso administrativo: un análisis de jurisprudencia”, *REDA*, núm. 71, 1991, pág. 412, en referencia a las SSTs de 19 de octubre de 1987 (ROJ 6479/1987); y de 26 de septiembre de 1988 (ROJ 11715/1988); en ambas siendo Ponente: Francisco Javier Delgado Barrio.

Este planteamiento fue acogido posteriormente por el TC en su sentencia de 27 de marzo de 2006, núm. 85/2006, Ponente: Javier Delgado Barrio, y reiterada con naturalidad en otras SSTs como por ejemplo de 13 de febrero de 2012 (ROJ 703/2012), Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco; o de 23 de septiembre de 2013 (ROJ 4675/2013), Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

sede jurisdiccional, es decir, que debe tener carácter procesal. Posición que se explicaría desde el razonamiento contrario a entender a la Administración como imparcial y que la prueba deba practicarse desde la imparcialidad y garantizando el principio contradictorio (lo cual, en su nivel más garantista, solo puede tener cabida en sede procesal, y no administrativa)⁶⁵⁹. Pero como he apuntado anteriormente, no es la posición jurisprudencial preeminente, ya que la misma suele admitir, por lo general, la prueba practicada en vía administrativa. Considero que esta es la línea acertada, porque si el procedimiento administrativo tiene esa vocación de completitud probatoria, será natural la práctica de la totalidad de las pruebas (siempre que ello sea posible) en el mismo, y de hecho esa es la idea de la fase de instrucción (en especial, en sus arts. 77 y 78 LPAC). Todo lo cual sin perjuicio de la valoración que la Administración realice de la prueba y de la correcta o incorrecta práctica de esta en vía administrativa, que en todo caso podrá ser revisada en vía contencioso-administrativa si fuere necesario; además de la posibilidad que tendrá el recurrente de combatir lo aportado por la Administración o por otras partes en la vía previa.

C. La jurisprudencia sobre el valor probatorio del expediente administrativo y su proyección en la responsabilidad patrimonial

Tal y como vengo apuntando, el valor probatorio de las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo tiene su reconocimiento en la aceptación habitual por parte de la jurisprudencia, que tiende a remitirse con reiteración al expediente y, de forma lineal, a dar por veraz mucha de la información allí contenida. Pero cabe proporcionar una justa explicación a este fenómeno desde la perspectiva judicial, ya que, no por pantanoso, es un campo inexpugnable desde la inteligibilidad jurídica. Es necesario dividir en dos partes esta fase de la explicación: una preliminar, sobre la aceptación de la valoración global del contenido del expediente; y otra principal, relativa

⁶⁵⁹ Es exponencial de esta doctrina, y tiene importancia, primero por quien lo dice y segundo, por dónde lo dice el voto particular formulado por Vicente Gimeno Sendra en la STC de 20 de diciembre de 1990, núm. 212/1990, Ponente: Jesús Leguina Villa. El Magistrado disidente expresó su desavenencia con respecto al posicionamiento de la mayoría de la Sala en los siguientes términos: “cabe dudar, en el momento actual, que la totalidad de los actos investigatorios efectuados por la Administración en el procedimiento administrativo tengan la naturaleza de auténticos actos de prueba. Ciertamente así los conceptúan sus arts. 88 y siguientes de la L.P.A., pero tras la promulgación de la Constitución y a la luz de sus arts. 106.1 y 117.3, hay que poner en cuestión esta tesis que convierte a los Tribunales administrativos en meros autómatas de la subsunción de los hechos fijados incontrovertidamente por la Administración en el procedimiento administrativo previo. Antes al contrario, la prueba requiere también la imparcialidad de la autoridad que ha de intervenirla y, si bien es cierto que la Administración actúa con pleno sometimiento a la Ley (art. 103) y es, por tanto, independiente, tampoco lo es menos que, cuando el administrado impugna los actos de instrucción y anuncia la interposición de un recurso, la Administración ha de convenirse en parte procesal, por lo que mal puede ser imparcial quien en el proceso asume el «rol» de parte”.

También ponen de manifiesto lo anterior Pablo GRANDE SEARA, “Conceptos Generales”, en la obra colectiva coordinada por María Isabel ROMERO PRADAS y M^{ra} Isabel GONZÁLEZ CANO, *La prueba. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, consulta *online*; o César TOLOSA TRIBIÑO, “El valor probatorio del expediente administrativo”, *op. cit.* págs. 212 a 217.

a la configuración de la naturaleza *cualificada* de la prueba contenida en el expediente administrativo.

En primer lugar, tanto el TC como el TS suelen dar por buena la valoración global del contenido del expediente administrativo partiendo de la idea de que el mismo puede entenderse, a modo de simple *fictio legis*, como un documento de carácter público a los efectos probatorios. Lo denotado implica que el juez no tiene la obligación de exteriorizar el valor que le atribuya a cada medio de prueba concreto obrante el expediente administrativo, pudiendo valorarlo de forma conjunta en su integridad porque el ordenamiento jurídico (procesal) español se rige por el principio de libre valoración de la prueba por el Tribunal y el de inmediación⁶⁶⁰. Es decir, que es el órgano judicial el encargado de examinar los medios probatorios conforme al resultado de la evaluación convergente de todas las circunstancias flotantes de cada asunto concreto. Esto es así hasta el punto de que la revaloración –que pudiera practicarse en un hipotético recurso por parte de un Tribunal superior– de la prueba valorada inicialmente por el órgano de primera o única instancia se postula como una mera excepción que tendrá un carácter restrictivo; abriendo la posibilidad de su revisión solo en aquellos casos en los que se perciba la *irracionalidad o arbitrariedad* de la valoración efectuada por el juzgado o tribunal de instancia (STS de 31 de marzo de 2016)⁶⁶¹.

Téngase en cuenta que lo anterior es pura ficción jurídica porque en sí mismo el expediente no es un documento público, sino una especie de *documento de documentos* que alcanza valor individualizado como un todo “inseparable” en cuanto que la jurisprudencia otorga la posibilidad de su valoración conjunta, porque los documentos de carácter público que erigen fuerza probatoria conforme el artículo 299.1.2º en relación con el art. 317 de la LEC, son –repito– los obrantes en el expediente administrativo⁶⁶². Pero a lo que me refiero es a que la posibilidad de realizar una valoración convergente de todos aquellos medios probatorios incluidos en el expediente provoca que este sea una especie de medio de prueba singular, un tanto *sui generis*, sin perjuicio de la posibilidad de revisar pruebas concretas contenidas en el mismo si fuere necesario por tratarse de errores manifiestos de valoración o apreciación⁶⁶³.

⁶⁶⁰ ATC de 8 de mayo de 1985, núm. 307/1985; o, más recientemente, la STS de 11 de julio de 2017 (ROJ 2975/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

⁶⁶¹ STS de 31 de marzo de 2016 (ROJ 1371/2016), Ponente: César Tolosa Tribiño.

⁶⁶² Sobre la equiparación del valor probatorio de los documentos obrantes en el expediente administrativo a los documentos de carácter público o privado conforme al art. 317 de la LEC, véase la STS de 10 de mayo de 2012 (ROJ 3274/2012), Ponente: Juan José González Rivas; en la que se advierte que, aunque no se reciba el pleito a prueba deben valorarse los documentos obrantes en el expediente.

⁶⁶³ Esta es una práctica habitual en la jurisprudencia (la relativa a la valoración conjunta del expediente administrativo como medio probatorio *sui generis*), y en concreto la relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, por ejemplo, la STS de 13 de junio de 2017 (ROJ 2548/2017), Ponente: Celsa Pico Lorenzo; SAN de 10 de enero de 2018 (ROJ 90/2018), Ponente: José Luis Gil Ibáñez; STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2017 (ROJ 11713/2017), Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión; o la STSJ de Castilla y León de 29 de junio de 2017 (ROJ 2857/2017), Ponente: María Antonia Lallana Dupla.

Establecida esta cuestión, se abre la posibilidad de extraer una norma de conducta jurisprudencial en torno al asunto principal que pretendo poner de manifiesto: la presunción de que lo practicado en el expediente administrativo es verídico si no se demuestra lo contrario (dentro de una posterior fase procesal). Dicho de otro modo, se trata de aquel momento en el que el expediente administrativo se valora con derivación de la regla anterior, es decir, se valora como un *totum* unitario. De inicio –y al hilo de lo apuntado en el subepígrafe anterior– es necesario destacar que *el expediente es el punto de partida para dar por acreditados unos hechos*, e intentar desvirtuar otros. De este modo, en la práctica judicial, si no se prueba lo contrario, lo habitual es que se dé por válida la prueba establecida en el expediente. Es botón de muestra de ello la habitualidad de la utilización de expresiones como “visto el expediente administrativo, consta probado (...)”; “del examen del expediente administrativo (...)”; “la realización de los hechos ha quedado plenamente acreditada en el expediente administrativo”; o “de una simple lectura del expediente administrativo”, etc., para determinar el alcance de la anterior pauta conductual por parte de nuestros órganos jurisdiccionales⁶⁶⁴. Lo anterior hunde sus raíces en la propia voluntad normativa de la LRJCA, que a través de varios de sus preceptos, otorga una importancia inicial indubitada al expediente habida cuenta –*ad exemplum*– de que el Juzgado o la Sala deberá declarar la inadmisión del recurso cuando haya causa legal para ello tras examinar el expediente administrativo (art. 51 LRJCA)⁶⁶⁵; o la cuidada configuración del propio procedimiento de reclamación del expediente administrativo por parte del Letrado de la Administración de Justicia (art. 48 LRJCA).

Así, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, cuando se trata de una cuestión probatoria (y no tanto de *iure*), el reclamante deberá desvirtuar, en caso de que le sea posible, lo contenido en el expediente administrativo con la finalidad de demostrar que se han dado los requisitos materiales para que exista la responsabilidad reclamada. Se ha de partir de la base de que el artículo 217.2 de la LEC establece el deber

Si bien es cierto, y así debo matizar, que todas estas resoluciones lo que tienen en común, además de valorar conjuntamente el expediente administrativo, es que también forma parte de esta “valoración conjunta” la prueba practicada en fase de prueba procesal, como evaluación complementaria a la prueba contenida en el expediente administrativo.

⁶⁶⁴ Así, por ejemplo, y siendo todas las sentencias citadas relativas al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, véase las SSTSJ de Madrid de 6 de marzo de 2018 (ROJ 2306/2018), Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión; de Murcia de 21 de septiembre de 2017 (ROJ 1549/2017), Ponente: Abel Ángel Sáez Doménech; de Madrid de 15 de junio de 2017 (ROJ 7059/2017), Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos; del País Vasco de 11 de mayo de 2017 (ROJ 1549/2016), Ponente: José Damián Iranzo Cerezo; de Andalucía de 28 de marzo de 2016 (ROJ 10043/2016), Ponente: María Belén Sánchez Vallejo; de Navarra de 14 de enero de 2016 (ROJ 194/2016), Ponente: María de las Mercedes Martín Olivera; de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2011 (ROJ 412/2011), Ponente: Ernesto Jaime Vidal Gil; o de las Islas Canarias de 28 de noviembre de 2006 (ROJ 4746/2006), Ponente: Jesús José Suárez Tejera.

⁶⁶⁵ El art. 51 LRJCA dispone, textualmente, que “[e]l Juzgado o la Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto (...)”.

de probar lo sostenido por parte del actor. Pero si a ello le sumamos que en el expediente administrativo ya se han practicado pruebas de numerosa índole, y que – seguramente –el recurrente en vía contencioso-administrativa habrá reaccionado contra una resolución desestimatoria (que deberá rebatir)– la imperiosidad probatoria del mismo aún se le hace más cuesta arriba. De hecho, son recurrentes las apreciaciones de los tribunales sobre la carencia de prueba en contrario que demuestre otra realidad alternativa a la que se desprende del contenido inherente al expediente administrativo cuando éste no le es favorable al presunto lesionado⁶⁶⁶. Esta situación provoca que, junto con todo lo anterior, la jurisprudencia enarbole también una especie de presunción *iuris tantum* del expediente administrativo, teoría que –aunque advierto– no es unívoca, pero sí puede servir a modo de regla general⁶⁶⁷.

Pero ni esto ni que el expediente se pueda valorar conjuntamente no impide al juez que entre a valorar de forma singular algún documento contenido en el expediente al que fuera pertinente no otorgarle fuerza probatoria alguna, por ser obvio separar los documentos de prueba de aquellos otros que no lo son, por acercarse más a simples alegaciones de alguno o algunos de los interesados, o de la propia Administración. Estos últimos documentos sin fuerza probatoria serían, de modo no exhaustivo, los escritos de los interesados, los escritos o documentos (incluso los periciales) no técnicos (informes de abogados, planes estratégicos municipales, etc.), u otros de carácter equivalente (STS de 8 de marzo de 2012)⁶⁶⁸. Dicha posibilidad no es más que el efecto

⁶⁶⁶ A modo de ejemplo, cabe citar la STSJ de Madrid de 26 de julio de 2016 (ROJ 8708/2016), Ponente: Rafael Villafañez Gallego, en la que se reclamaba por la parte actora la declaración de responsabilidad patrimonial por no habersele sido prestada correctamente la asistencia sanitaria por parte del Hospital Ramón y Cajal. Entre otras cosas alegaba la paciente que no se le había ofrecido la realización de la biopsia para confirmar el diagnóstico de hepatitis autoinmune, lo cual implicó que le recetaran un tratamiento equivoco que, tras varias intervenciones y procesos médicos, derivó en un diagnóstico de infarto óseo en sus dos rodillas. La cuestión de la prueba radicaba en si se le había ofrecido la realización de la biopsia o no a la paciente, lo cual posiblemente hubiese paliado las consecuencias. El Tribunal no dudó en remitirse a los folios del expediente administrativo, entre los que constaba, entre otros, la historia clínica, así como los Informes de la Inspección Médica que dejaban constancia del ofrecimiento a la paciente de hasta en tres ocasiones de la realización de la citada prueba. Todo para acabar concluyendo que “[n]o se ha desvirtuado en el proceso ninguno de tales extremos, ni la necesidad de la biopsia para alcanzar el diagnóstico de la enfermedad, ni la negativa reiterada de la paciente a someterse a la misma”.

Otras resoluciones sobre la falta de desvirtuación de la prueba contenida en el expediente administrativo por parte del reclamante de responsabilidad patrimonial, véase por ejemplo las SSTSJ de 3 de noviembre de 2017 (ROJ 8034/2017), Ponente: Estrella Blanes Rodríguez; de Madrid de 9 de marzo de 2017 (ROJ 2675/2017), Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión; de Cataluña de 26 de enero de 2017 (ROJ 1700/2017), Ponente: Francisco López Vázquez; o la SAN de 18 de septiembre de 2017 (ROJ 3676/2017), Ponente: Ana Isabel Gómez García, entre muchas otras. En concreto, esta última sentencia citada apremia al recurrente que no haya demostrado la existencia de los daños indemnizables ni de la relación de causalidad –a *sensu contrario* del que se establecía ya en el expediente administrativo–.

⁶⁶⁷ Es posible, y aceptable, que el juez se aparte del contenido del expediente administrativo si, a la vista del conjunto probatorio radicado en el propio expediente en contraste con la fase de prueba del proceso llega a la conclusión –razonada– de que se ha cometido algún tipo de error con la prueba o la valoración de esta en vía administrativa.

⁶⁶⁸ Por “informes no técnicos” me refiero a, por ejemplo, aquellos informes emitidos por profesionales que no acreditan alguna situación objetiva desde la óptica técnica, sino simplemente

de la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica del juez o tribunal, conveniente para evitar situaciones fácticas contradictorias o meramente ininteligibles.

D. El valor probatorio diferenciado entre los documentos obrantes en el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial

Ahora bien, tras sentar la base anterior, es menester parar mientes en la verdadera asimetría del valor probatorio que puede recabar el contenido del expediente administrativo. Dicha asimetría fue puesta de manifiesto por RIVERO ORTEGA al recordar la literatura jurídica sobre el tema. La misma consiste en que los documentos contenidos en el expediente gozan de valor probatorio diferenciado⁶⁶⁹ porque, por ejemplo, no tiene el mismo valor jurídico el documento público (que goza de presunción *iuris tantum* legal de conformidad con el art. 77.5 LPAC) que los documentos privados aportados por los interesados y que es la propia Administración en el ámbito procedimental la que deberá valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica (art. 77.2 y 3 LPAC). Esta distinción valorativa de los diferentes medios de prueba no contradice la anterior posibilidad de valorar integralmente el expediente administrativo, sino que es una adaptación simple a la propia LPAC y LEC en relación con la prueba, que se acompasa con las anteriores posibilidades para dotar de un sentido global a la propia prueba en el procedimiento, que, al mismo tiempo, debe ser una plasmación de las circunstancias que suelen darse en la vida misma. Pero, para mayor abundamiento sobre la idiosincrasia de los distintos medios de prueba me remito al capítulo relativo a la

manifiestan una opinión o apreciación personal. De este modo se puso de manifiesto en la citada STS de 8 de marzo de 2012 (ROJ 1530/2012), Ponente: Rafael Fernández Valverde, en la que se determina la falta de fuerza probatoria alguna del “informe emitido por un despacho de abogados que figura en el expediente administrativo y que sienta la opinión de que ‘parecen fundadas las acusaciones de irracionalidad en la decisión de alterar el planeamiento, entendida como inoportuna e innecesaria para satisfacer el interés público’, por cuanto esta opinión no se apoya en una calificación técnica idónea de quien la emite, por lo que no puede desvirtuar la presunción de validez y acierto de que goza la actuación administrativa impugnada”. Del mismo modo continúa apuntando la citada sentencia que “[t]ambién carece de relevancia la aprobación del denominado ‘Plan Estratégico’ de Abrera, ya que se trata de un documento de carácter no técnico”.

Pero es normal encontrar en el mar de las decisiones judiciales apreciaciones de falta de valor de determinados documentos (obrantos en el expediente administrativo) que a priori incluso deberían ser prueba plena, como por ejemplo los informes periciales. La SAN de 10 de octubre de 2017 (ROJ 4202/2017), Ponente: Felisa Atienza Rodríguez, dispuso que el contenido del dictamen pericial aportado por la parte actora contenía meras afirmaciones hipotéticas o de opinión sin fuerza probatoria alguna, insuficiente además para rebatir los resultados de los análisis realizados por la Administración, que sí realizó unas contundentes pruebas sobre hechos reales y verificados en los varios muestreos (de sustancias contaminadas en determinadas aguas) realizados.

Tampoco los dictámenes de los Consejos Consultivos tienen fuerza probatoria alguna en razón de acreditar hechos (véase la STSJ de Aragón de 15 de febrero de 2018, ROJ 200/2018, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

⁶⁶⁹ Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo, op. cit.*, págs., 140 y 141, citando a Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001 o a Pablo MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Edijus, Madrid, 1997.

instrucción del procedimiento del presente trabajo al ser el dedicado al tema con detalle.

III. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SUS VISCISITUDES OPERATIVAS

Además de la novedosa y nuclear inclusión de la regulación del expediente administrativo encabezando el capítulo referente a la ordenación procedimental, este sigue regulando, con más o menos detalle, pero guardando las mismas ideas en lo general, algunos principios por los que se regirá la propia instrucción procedimental. A continuación, veremos, aunque muy brevemente por tratarse de cuestiones de alcance general del procedimiento administrativo, en qué consisten dichos principios inspiradores.

1. EL IMPULSO DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO, LA CELERIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DEL TRAMITADOR

Encabezando la estabilización legal de varios principios informadores del procedimiento⁶⁷⁰ se halla el conocido como principio de oficialidad en el artículo 71.1 de la LPAC, que –en términos análogos a los procesales⁶⁷¹– establece que el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, sometido en todo caso al principio de celeridad (lo que implica que se lleve a cabo de forma ágil)⁶⁷², y también con sujeción a los principios de transparencia y publicidad. Es preciso advertir que los efectos del impulso, si bien exigibles desde la propia fase de iniciación, estos se condicionan a que se acuerde la admisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial (STSJ de Castilla y León de 28 de septiembre

⁶⁷⁰ Hay que apuntar que tanto el principio de impulso de oficio como los demás regulados entre los artículos 71 y 74 no son –en sentido estricto– preceptos que regulan la tramitación, sino que son principios informadores de la misma. Así lo defiende María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, pág. 225.

Tal y como recordaba Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 605, el impulso oficial no siempre ha existido. De hecho, fue incorporado al ordenamiento jurídico español mediante el Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, a través del cual se sustituyó el antiguo impulso de parte.

⁶⁷¹ El art. 179.1 de la LEC señala que “[s]alvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias”.

⁶⁷² María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, pág. 227, apunta que el principio de celeridad conlleva dos manifestaciones. En primer lugar, la manifestación tradicional que es que la tramitación ha de realizarse de la forma más rápida posible, “debiendo velarse por el cumplimiento de los plazos de duración del procedimiento”; pero además deberá atenderse a la concentración de trámites cuando ello sea posible en virtud de lo dispuesto en el art. 72 LPAC, que luego se verá.

No está de más recordar también que la celeridad se desprende del principio de eficacia contenido en el propio artículo 103 de la CE, cuestión que en múltiples ocasiones organismos como el Defensor del Pueblo han tenido la ocasión de recordar a alguna que otra Administración Pública, así como en el Recordatorio de 19 de julio de 2017 (Queja 14024053).

de 2017⁶⁷³), ya que, como vimos en el anterior capítulo de este trabajo, cabe la inadmisión de la solicitud.

De otro lado, también se deduce del art. 71.2 el riguroso orden de incoación en asuntos de homogénea naturaleza para el despacho de los expedientes, con la excepción consistente en que de forma motivada el titular de la unidad administrativa ordene lo contrario y bajo constancia (debe entenderse escrita, de conformidad con el art. 36.1 LPAC⁶⁷⁴). Sin embargo, no parece que la alteración de este orden de preferencia en la tramitación vaya a dar lugar en cualquier caso a la invalidez del acto (sin perjuicio de las responsabilidades que eventualmente puedan exigírsele al tramitador⁶⁷⁵)⁶⁷⁶.

En términos sencillos, el impulso de oficio consiste en que, tras la iniciación procedimental, la ley le atribuye al órgano instructor la carga de hacer avanzar las sucesivas fases de las que se compone el procedimiento concreto. Lo anterior implica que los interesados no deberán forzar el cumplimiento de estos más allá del simple cumplimiento de los requerimientos administrativos (art. 73.1 LPAC⁶⁷⁷), como sería por ejemplo un requerimiento de subsanación de la solicitud, requerimiento que es de obligado cumplimiento para el tramitador (art. 73.2 LPAC)⁶⁷⁸. Pero, en cambio, si el interesado no responde a la anterior llamada se le podrá tener por decaído en su derecho al trámite correspondiente (art. 73.3 LPAC). Asimismo, no solo se trata de que el instructor realice el paso de una fase a otra del procedimiento, sino que, además, el

⁶⁷³ STSJ de Castilla y León de 28 de septiembre de 2017 (ROJ 3407/2017), Ponente: Luís Miguel Blanco Domínguez.

⁶⁷⁴ El art. 36.1 LPAC establece que “[l]os actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia”. A raíz de este precepto recordaba Ricardo RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, *op. cit.*, págs., 144 a 151, la necesidad de documentar las actuaciones administrativas, y, por tanto, debe entenderse *a fortiori* esta exigencia cuando expresamente lo dice un precepto concreto, en este caso el 71.2 de la LPAC.

⁶⁷⁵ El artículo 71.2, párrafo segundo, de la LPAC establece que “[e]l incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor y, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”.

⁶⁷⁶ Isabel GONZÁLEZ RÍOS, “Reglas generales de ordenación...”, *op. cit.*, pág. 1528.

⁶⁷⁷ El art. 73.1 LPAC establece que “[l]os trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto”.

⁶⁷⁸ En este sentido, apuntar que la obligación de la Administración de requerir la subsanación de una determinada solicitud es fruto de la propia configuración del impulso de oficio, que debe permitir al interesado observar un determinado defecto provocado (y enmendable) por él mismo, incluyendo los casos en los que por ejemplo un determinado escrito contenga una calificación errónea (STSJ de Castilla y León de 28 de marzo de 2014, ROJ 1348/2014, Ponente: Francisco Javier Zatarain Valdemoro).

Sobre ello también Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 148, apuntando que “el instructor debe acordar todos los trámites necesarios hasta la resolución: supone, por tanto, algo más que el deber de resolver pues entraña, además, que la reclamación, por infundada que sea, obliga a tramitar con todos sus pasos el procedimiento. Se habla en ese sentido del derecho del administrado al procedimiento (STS de 16 de enero de 1989, Arz. 210)”. Aunque debe tenerse en cuenta lo que ya he mencionado en el Capítulo anterior cuando hablaba de la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial por ser manifiestamente infundada.

impulso de oficio implica que se avenga a formalizar los actos de instrucción correspondientes a la averiguación fáctica del asunto (art. 75.1 LPAC)⁶⁷⁹.

Quiero destacar que la novedad no está tanto en lo anterior, sino en el hecho de que el propio art. 71.3 LPAC (en relación con el art. 71.2, párrafo segundo, de la LPAC) regula la responsabilidad directa en la tramitación de la persona designada como órgano instructor o la que lleve a cabo la tramitación. Primero debo advertir que la naturaleza de la responsabilidad es disciplinaria, y que la responsabilidad patrimonial que pueda generar la paralización injustificada del procedimiento u otra incidencia que perjudique los derechos procedimentales del interesado se requerirá a la Administración, a tenor del art. 20.2 LPAC⁶⁸⁰. Por tanto, la responsabilidad disciplinaria es del empleado público en el que se personifica la tramitación, y, en cambio, la responsabilidad patrimonial se le exige a la Administración de la que aquel depende. Y segundo, para entender, a mayor abundamiento, cómo se debe cumplir con dicha responsabilidad (directa), se ha de acudir al art. 20.1 LPAC que además de lo anterior dispone que los sujetos encargados de la tramitación “deberán adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos”.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE IMPULSAR DE OFICIO Y TRAMITAR CON CELERIDAD EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Todo lo anterior, que de una forma u otra se desprende del principio de impulso de oficio y celeridad del procedimiento, como garantías incluidas en la ordenación procedimental por la LPAC, es habitual campo de batalla en los juzgados y tribunales cuando el responsable incumple los deberes de impulsar el procedimiento o agilizarlo.

⁶⁷⁹ Así lo sostiene Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 69, y sin perjuicio del derecho de los interesados a aportar documentos o pruebas cuando así lo considere oportuno (art. 75.1 LPAC).

⁶⁸⁰ Ahora bien, esto ha recibido alguna que otra crítica doctrinal, como por ejemplo la de Isabel GONZÁLEZ RÍOS, “Reglas generales de ordenación...”, *op. cit.*, págs. 1526 a 1530, que considera que se trata de una previsión reiterativa (la del art. 20 de la LPAC) y al mismo tiempo no coincidente con lo dispuesto en el art. 71.2 y 3 del mismo texto legal. La responsabilidad de la tramitación radicada en el art. 20 de la LPAC se les atribuye a los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos. En cambio, el art. 71.3 habla de las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función. Por tanto, según la autora, existe una diferencia de redacción que, en la práctica, podría dar problemas. Sin embargo, considero que, pese a la desigualdad lingüística, no hay desigualdad semántica. Ya que, lo importante no es a quien (personificadamente) se le atribuye la responsabilidad (a los titulares de las unidades administrativas, personal al servicio de la Administración, instructor o unidades que hagan de instructores), sino las funciones a desarrollar: la resolución, el despacho o la instrucción de determinado asunto. Por tanto, parece que si, por ejemplo, un determinado empleado público debe instruir un expediente de responsabilidad patrimonial, el que asuma lo dispuesto en el art. 20, 71 o incluso en el 21.6 de la LPAC, será este empleado público.

Más que nada porque es la responsabilidad más efectiva, ya que la Administración no suele exigir responsabilidad disciplinaria a sus empleados⁶⁸¹.

Y precisamente la acción habitual que se utiliza es la prevista en el art. 20.2 LPAC, es decir, la responsabilidad patrimonial de la Administración⁶⁸². Ha de decirse que nada tiene que ver con la responsabilidad disciplinaria que prevé el art. 71 LPAC o el art. 20.1 del mismo texto legal, sino que nos enmarcamos en el ámbito material de lo dispuesto en el art. 32 de la LRJSP. Pero sí que los casos de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de los deberes de impulso o celeridad procedimental nos pueden proporcionar un valioso *código de conducta*, ya que demuestran la para nada escasa relevancia de este “mero” principio informador. Es el caso de la SAN de 30 de junio de 2017, que conoció de una solicitud de una empresa dedicada, entre otras cosas, al depósito de automóviles, la cual reclamaba responsabilidad patrimonial por el mal funcionamiento del servicio público consistente en la paralización en el impulso de varios expedientes administrativos⁶⁸³. La naturaleza de la actividad económica de la empresa consistía en el depósito de vehículos que incautaba la Administración de Aduanas de Algeciras y su posterior venta en función de su vida útil. Si el paso del tiempo permitía otorgar un uso práctico a los vehículos éstos se vendían por la empresa y, de lo contrario se subastaban como chatarra, como sucedió con la mayoría de los vehículos en el caso comentado. Pues bien, la demora administrativa en la tramitación y resolución de los expedientes que hubieran evitado la pérdida de valor de estos generaron a la reclamante daños y perjuicios indemnizables conforme el criterio de la Sala, como así lo dejó claro:

“Es por ello evidente, una vez examinados dichos expedientes, que a la recurrente se le han originado unos perjuicios derivados de la falta de impulso de los procedimientos incoados”.

Consecuentemente puede apreciarse que la falta de impulso (o de celeridad) son verdaderas normas que vinculan a la Administración, y su inactividad en la tramitación procedimental, en caso de generar perjuicios, será una causa de responsabilidad patrimonial administrativa que además se perfila como habitual⁶⁸⁴. Ello es así

⁶⁸¹ Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo...”, *op. cit.*, págs. 1288 a 1295.

⁶⁸² El Tribunal Superior de Justicia de Madrid conoció de varios casos en el que se le reclamaba responsabilidad patrimonial a la Administración por el funcionamiento anormal de la misma por falta de celeridad y de impulso, como en las Sentencias de 21 de noviembre de 2017 (ROJ 13460/2017), Ponente: María Jesús Vegas Torres; o de la misma fecha (ROJ 13917/2017), Ponente: María de los Desamparados Guillo Sánchez-Galiano. Ha de decirse que las demandas no prosperaron porque se trataba de un supuesto de solicitud de responsabilidad patrimonial vinculada a la nulidad del acto administrativo, cuestión esta que no se dio.

⁶⁸³ SAN de 30 de junio de 2017 (ROJ 2861/2017), Ponente: Javier Eugenio López Candela.

⁶⁸⁴ Y digo nada puntual (sino habitual), porque del buceo jurisprudencial sobre el tema, se llega fácilmente a la conclusión que es una causa reiterativa de condena a la Administración por el mal funcionamiento del servicio.

En este sentido quiero destacar la STSJ de Galicia de 14 de junio de 2016 (ROJ 4284/2016), Ponente: José Ramón Chaves García. En dicha resolución se reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración por la demora en la tramitación de un expediente administrativo de pase a segunda

fundamentalmente porque el interesado tiene derecho a obtener respuesta y sin que la Administración pueda permanecer inactiva durante tiempo indefinido, como si aquel no hubiese planteado reclamación alguna (STS de 20 de noviembre de 2015⁶⁸⁵).

Ahora bien, no todo incumplimiento de los plazos para resolver implica la automaticidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que el ordenamiento jurídico administrativo proporciona otro tipo de respuesta a este incumplimiento, como el instituto del silencio (arts. 24 y 25 LPAC). Para que exista responsabilidad patrimonial por esta razón deben haberse ocasionado unos daños reales que el interesado no tuviera el deber de soportar (STSJ de Galicia de 14 de junio de 2016⁶⁸⁶), cuestión que es un requisito material de la institución (daño real) pero que no está de más recordar.

3. LA CONCENTRACIÓN DE TRÁMITES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Sin que proceda darle demasiadas vueltas, el art. 72 LPAC regula como “concentración de trámites” lo que antes la LRJPAC (en su art. 75) denominaba como “celeridad”. Y no es para menos el cambio de nomenclatura, porque la pretensión del artículo sucesor es, al fin y al cabo, una manifestación del principio de celeridad. Pero no la única. Por tanto, es más correcto darle la denominación que ahora tiene, porque,

actividad, lo que le provocó pérdidas al interesado por diferencias retributivas entre lo percibido como pensión y lo que percibiría como policía local desde el momento de la declaración de incapacidad hasta cumplir la edad de 65 años. Se le acordó indemnizar, en concepto de daño moral, con una cuantía de 12.000 euros (que no correspondía a lo reclamado), debiéndose recalcar lo siguiente: “[a]sí pues, contemplando las vicisitudes del procedimiento en vía administrativa seguido a raíz de la solicitud del pase a segunda actividad, en relación a la actuación del Concello de Carballo, constatamos una actuación morosa, poco diligente y *no ajustada al impulso de oficio* y buena fe que debe inspirar el quehacer administrativo”.

También, en sentido análogo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2013 (ROJ 2017/2013), Ponente: Rafael Salvador Manzana Laguarda. Aunque esta sentencia resulta interesante por un hecho. La Administración, en vía administrativa, reconoció la responsabilidad patrimonial correspondiente pero no fijó indemnización alguna. Ante esta situación el reclamante recurrió en vía contencioso-administrativa para que se fijara la cuantía que él solicitaba (unos 12.871,42 euros). Tras una confusa sentencia en primera instancia, el TSJ valenciano señaló que “la Corporación debió requerir al actor la acreditación de los daños producidos, pues corresponde a la misma el impulso de oficio del procedimiento en todos sus trámites (...)” y, consecuentemente le recriminó que debió haber sido ella la que fijara la cantidad procedente una vez que se decide a resolver expresamente la reclamación.

Esta última resolución es clara también desde la doctrina más autorizada, así como defiende Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la ley 39/2015 de procedimiento administrativo común”, en la obra colectiva coordinada por María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, pág. 554.

⁶⁸⁵ STS de 20 de noviembre de 2015 (ROJ 5342/2015), Ponente: José Juan Suay Rincón. También en el mismo sentido las SSTs –de las que es Ponente el mismo magistrado– de 23 de julio de 2015 (ROJ 3601/2015); o de 11 de julio de 2014 (ROJ 3431/2014). La anterior exigencia puede deducirse incluso del derecho a la buena administración reconocido en el art. 41 de la CDFUE con lo que se demuestra que no es un brindis al sol, sino que aspira a convertirse en una verdadera norma procedimental, de aplicación a través de preceptos específicos.

⁶⁸⁶ STSJ de Galicia de 14 de junio de 2016 (ROJ 4284/2016), Ponente: José Ramón Chaves García, anteriormente citada.

a la postre, lo que dice el art. 72 es que, de acuerdo con el principio de simplificación administrativa, se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo. Y, en caso de que los trámites deban ser llevados a cabo por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada a éstos el plazo legal establecido al efecto (art. 72.2 LPAC). Esto no deja de ser una solución de sentido común en aras de preservar la posibilidad de que, por razones de rapidez, se puedan llevar a cabo varios trámites al mismo tiempo, siempre que la complejidad del asunto lo permita⁶⁸⁷.

4. LAS CUESTIONES INCIDENTALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El art. 74 de la LPAC, finalmente, cierra el capítulo relativo a la ordenación con la regulación de las cuestiones incidentales (incluso la nulidad de actuaciones) que se susciten en el procedimiento, especificando que no suspenderán la tramitación del mismo, con excepción de la recusación. Esto sentado, al igual que ya hiciera la LRJPAC, la nueva ley procedimental no otorga demasiada importancia a las mismas, ni siquiera una definición. Por ello hay que acudir como en tantas ocasiones a la legislación procesal, que define a las cuestiones incidentales como aquellas que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, “guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso” (art. 387 LEC)⁶⁸⁸.

Pues bien, la práctica procesal y su traslación al procedimiento administrativo nos puede dar lugar a entender que la LPAC está subestimando estas *piezas separadas* de la tramitación administrativa, y consecuentemente, sus efectos. Por lo que ahora se verá, la cuestión incidental tiene más presencia (o puede tenerla) de lo que la ley, de forma expresa, supone. En este sentido nos explica de forma muy didáctica VALENCIA MARTÍN, que en el ámbito procesal se debe distinguir entre tres clases generales de cuestión incidental y otras figuras afines: la cuestión previa; la cuestión incidental (en sentido estricto); y la cuestión prejudicial⁶⁸⁹.

En primer lugar, y siguiendo en todo momento su planteamiento, la cuestión previa (la que la LEC llama “de previo pronunciamiento”, según el art. 390) es aquella que se erige como un obstáculo para la continuación del proceso por sus trámites ordinarios, y ha de ser resuelta de forma previa al fondo del asunto sin dar lugar a otro

⁶⁸⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., Tomo II, pág. 2018 y 2019; o María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, op. cit., pág. 227.

⁶⁸⁸ Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo...”, op. cit., págs. 1239 y ss., entiende que se debe entender como una remisión implícita a la norma procesal la del ahora artículo 74 de la LPAC, hecho con el que coincide.

⁶⁸⁹ Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo...”, op. cit., pág. 1240, citando al mismo tiempo a Juan MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 170 y ss.

procedimiento ni a una resolución propia⁶⁹⁰. Por tanto, debe entenderse que es una cuestión previa a la decisión sobre el fondo, algo así como una inadmisión de la demanda que se declara en sentencia. Un trámite, el de la inadmisión, con mucha presencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial como ya he tenido ocasión de apuntar. En segundo lugar, las auténticas cuestiones incidentales (que la LEC denomina de “especial pronunciamiento”, en su art. 389), son relativas al proceso o al objeto del proceso que dan lugar a un procedimiento separado y, correlativamente, a una resolución independiente. Por tanto, la cuestión incidental es un procedimiento específico y esa es la principal nota que la define⁶⁹¹. En tercer lugar, y, por último, tenemos la cuestión prejudicial, con el objeto del proceso cuya competencia le corresponde a un órgano jurisdiccional distinto. En este sentido considera VALENCIA MARTÍN que es difícil saber si es válida la recepción en el procedimiento administrativo de estas figuras específicamente procesales, pero al mismo tiempo opina que es irrelevante establecer un concepto preciso de cuestión incidental en el procedimiento⁶⁹².

Completando esta afirmación, considero que el art. 74 de la LPAC, por su generalidad, viene a postularse como un cajón de sastre para que se pueda encajar cualquiera de las tres modalidades procedimentales de las cuestiones incidentales, y así el tramitador las adapte a las especificidades particulares del asunto concreto. Y por qué no, adaptarlas a los cánones de la legislación procesal por su mayor desarrollo, y con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica al nutrir el procedimiento administrativo de las soluciones (altamente especializadas) de la legislación procesal, algo que la doctrina administrativista más autorizada viene aceptando con naturalidad por lo general.

La regla general establecida por el art. 74 de la LPAC es que las cuestiones incidentales no suspenderán el procedimiento en curso, con la única excepción especialmente prevista de la recusación. La suspensión por asunción de la pieza separada de recusación se considera, asimismo, como una causa de suspensión obligatoria siempre que se realice a solicitud del interesado, y no de oficio⁶⁹³. Pero

⁶⁹⁰ El art. 391 LEC recoge (no exhaustivamente) las siguientes cuestiones de previo pronunciamiento: a) las que se refieran a la capacidad y representación de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la audiencia regulada en los artículos 414 y siguientes; b) al defecto de algún otro presupuesto procesal o a la aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia prevista en los artículos citados en el número anterior; y c) cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación.

⁶⁹¹ Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo...”, *op. cit.*, 1239 y ss.

⁶⁹² Germán VALENCIA MARTÍN, “Ordenación del procedimiento administrativo...”, *loc. cit.*

⁶⁹³ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, págs. 1193 y 1194 apunta que “[s]olo cuando la causa de abstención se ha alegado mediante solicitud de parte interesada, esto es, cuando se ha formulado el acto jurídico-administrativo (y la pretensión inherente) de la recusación es cuando se debe suspender la duración del procedimiento; en suma, sólo cuando— en cualquier momento del procedimiento administrativo (arts. 24.1 LRJSP y 21.2 c) LPAC)— se ha iniciado por el interesado el trámite del incidente —pieza procedimental separada— de recusación está justificada la suspensión automática del plazo máximo resolutorio del procedimiento; lo confirma el único precepto de la LPAC

considero que no es tan simple proporcionar una respuesta a esta cuestión. Para ello es necesario hablar de dos cuestiones. De entrada, hay que señalar ejemplificativamente qué tipo de cuestiones incidentales pueden suscitarse. Y con base en la anterior cuestión, deberá plantearse si las causas de suspensión previstas con carácter general son cuestiones incidentales que, al mismo tiempo, conforman una ampliación de este cauce procedimental.

Así, en relación con el primer apunte, además de la cuestión incidental de la recusación y la nulidad de actuaciones, destacadas por el artículo 74 LPAC, también existen otras como pueden ser las siguientes: a) la adopción de medidas provisionales (art. 56 LPAC)⁶⁹⁴; b) la suspensión de los plazos del procedimiento (art. 22 LPAC)⁶⁹⁵; c) la ampliación de los plazos del procedimiento (art. 23 LPAC); d) la suspensión del acto administrativo en vía de recurso (art. 117 LPAC); e) las decisiones sobre la competencia (art. 14 LRJSP)⁶⁹⁶; f) la acumulación de procedimientos (art. 57 LPAC)⁶⁹⁷; g) o, por último, el incidente de inadmisión procedimental (no positivizado pero de gran relevancia

exclusivo y específico de las ‘cuestiones incidentales’, al prescribir la no suspensión del procedimiento salvo que la cuestión incidental sea la recusación (artículo 74)”.

⁶⁹⁴ En cuanto a las medidas provisionales, es interesante destacar que según la propia configuración del art. 56 LPAC, es posible que la cuestión incidental de revestimiento sea previa a la iniciación del procedimiento principal (art. 56.2 LPAC, o lo que es lo mismo, las medidas provisionales) o puede ser una cuestión incidental en sentido estricto, adoptada pues, una vez iniciado el mismo (art. 56.1 LPAC). Ello es muestra de que la figura procedimental puede ser utilizada en las vertientes que la LEC establece para las cuestiones incidentales de naturaleza procesal, tal y como he tenido la ocasión de decir anteriormente.

Debe tenerse en consideración, a mayor abundamiento, que las medidas provisionales tienen ese carácter accesorio exigible al objeto que puede ser cauce de tramitación mediante la cuestión incidental administrativa. Véase, en este sentido, Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 150 a 152.

⁶⁹⁵ La suspensión de los plazos para resolver y notificar el procedimiento es un incidente que deberá ser motivado y, acto seguido, notificado a los interesados, según explicaban Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo, op. cit.*, 2001, pág. 172, de conformidad con el anterior art. 42.5 de la LRJPAC. De igual modo, Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 243. Por tanto, este trámite cumple con todos los caracteres como para tener naturaleza de cuestión incidental a efectos del art. 77 LPAC.

Téngase en cuenta que la mayoría de las causas de suspensión del art. 22 LPAC preven expresamente la comunicación a los interesados, debiendo entenderse como tal también en aquellos casos en los que no lo diga expresamente, en base al derecho de los interesados a conocer el estado de la tramitación que les afecte en todo momento (art. 53.1 a) LPAC).

En este sentido, la falta de notificación/comunicación de la causa de suspensión prevista en el art. 22 LPAC no produce efecto interruptivo alguno y puede incluso alcanzarse la caducidad del procedimiento (STSJ del País Vasco de 12 de marzo de 2014; ROJ 2084/2014; Ponente: Margarita Díaz Pérez).

⁶⁹⁶ El art. 14.1 de la LRJSP establece lo siguiente: “[e]l órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados”. Este supuesto puede resultar especialmente trascendente en los supuestos de responsabilidad concurrente de la Administración (art. 33 LRJSP), o simplemente, y de modo genérico, en aquellos supuestos en los que el administrado presenta su reclamación ante una Administración incompetente para conocer del asunto (cuestión que se da con más habitualidad de la que parece).

⁶⁹⁷ Sobre el gran peso de la acumulación procedimental o de acciones en el procedimiento de responsabilidad patrimonial ya he tenido la ocasión de pronunciarme en el presente trabajo.

práctica en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como hemos tenido ocasión de ver)⁶⁹⁸.

Pues bien, de los botones de muestra anteriores, quiero hacer hincapié en las causas relativas a la suspensión del procedimiento administrativo (art. 22 LPAC). Por la propia paralización natural del procedimiento que los supuestos de hecho enumerados en el art. 22 LPAC provocan, y dado que la propia suspensión del plazo de procedimiento se debe adoptar por medio del trámite de la cuestión incidental (*ex art. 77 LPAC*), ello implica la consiguiente ampliación –aunque indirectamente– de las causas por las que las cuestiones incidentales sí suspenden el procedimiento. Dicho de otro modo, como el propio trámite de suspensión es una cuestión incidental, se está ensanchando por esta vía el margen de los supuestos en las que éstas tendrán un carácter suspensivo. Básicamente porque hasta que no finaliza la situación que ha provocado la suspensión, la cuestión incidental suspensiva no se levanta.

Sin entrar en todas y cada una de las causas del art. 22 LPAC, sí me parece acertado poner dos ejemplos que pueden darse con reiteración en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En primer lugar, las situaciones que pueden converger en el procedimiento y provocar la necesidad de formar una pieza separada (de suspensión) son las *cuestiones prejudiciales* (art. 22.1 g) de la LPAC). Supuesto de incoación del proceso penal en el que se pudiera resolver una responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 y 121 CP). Dada la preferencia del proceso penal y la previsión relativa a que “en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria” del art. 121 CP, si se hubiera iniciado también un procedimiento de responsabilidad patrimonial éste deberá quedar en suspenso hasta que finalizara aquel⁶⁹⁹. Ahora bien, debe advertirse que la jurisprudencia sobre este supuesto es un tanto vacilante y no apunta hacia la solución que he proporcionado anteriormente, porque considera que un eventual reconocimiento de responsabilidad patrimonial en vía administrativa o contencioso-administrativa podría minorar *a posteriori* la condena de la eventual responsabilidad civil *ex delicto*⁷⁰⁰. Sin embargo, considero que es cuanto menos contestable esta solución

⁶⁹⁸ La cuestión incidental de la inadmisión procedimental puede tener lugar tanto *ad limine litis*, como a modo de terminación del procedimiento, siempre que tenga su debida separación en aquella resolución final. Y es, por su naturaleza, una actuación que impide entrar a valorar el fondo del asunto, por tanto, tendría la naturaleza de cuestión (incidental) previa (o de previo pronunciamiento) muy cercana a la regulada en el art. 390 de la LEC.

⁶⁹⁹ Una consideración sobre un supuesto parecido la realiza del mismo modo Teresa VIDAL MARTÍN, “Sobre la nueva causa potestativa de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar, regulada en el artículo 22.1 g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *REFC*, núm. 25, enero-junio, 2016, pág. 41. Aunque la autora se refiere a la pendencia de un procedimiento de revisión de oficio por un proceso penal que debe resolverse previamente, el caso no deja de ser similar al que estoy comentando.

⁷⁰⁰ En este sentido, véase la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2011 (ROJ 11007/2011), Ponente: Luis Fernando Gómez Vizcarra. Amparándose en la jurisprudencia del TS, establecía lo siguiente: “la existencia de procesos penales pendientes y dirigidos a depurar las responsabilidades en que hayan podido incurrir los administradores del grupo de empresas de Sofico no da lugar a la existencia de una cuestión ‘prejudicial’ penal. Para que pueda apreciarse la concurrencia de una cuestión de dicho tipo es

ya que puede vulnerar gravemente la seguridad jurídica y, por tanto, que la causa de suspensión del art. 22.1 g) de la LPAC sea meramente *potestativa* causa cierta confusión terminológica.

Y, en segundo lugar y último, también es menester mencionar, por razones obvias, la causa de suspensión del art. 22.1 d), relativa a la *solicitud de informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración*; otro supuesto en el que se debe suspender el procedimiento, y, por tanto, ser esta pieza separada una pantalla de bloqueo del mismo hasta la recepción del informe. Más cuando el propio artículo prevé un plazo de duración máximo de esta causa de suspensión: tres meses. La razón es completamente adecuada, porque la demora en la evacuación de estos informes es frecuente en nuestra tramitación administrativa⁷⁰¹. Sin embargo, cojea en el momento en el que se encuentra en la misma situación que en el supuesto anterior, es potestativa para la Administración, y como tal, la LPAC no le vincula, simplemente le da la posibilidad. Una cuestión avalada (como no puede ser de otra manera, dada la literalidad legal) por la jurisprudencia⁷⁰².

preciso que la decisión a dictar en el proceso penal condicione la sentencia de un recurso contencioso-administrativo de suerte que no pueda pronunciarse ésta sin conocer el resultado de aquel (...). La única incidencia que podría generar el seguimiento paralelo de ambas vías – contencioso – administrativa y penal – en el supuesto enjuiciado, se pondría de manifiesto a la hora de fijar la indemnización que, en su caso, pudiéramos reconocer a los perjudicados en el presente recurso, al objeto de evitar el eventual reconocimiento de una doble indemnización en sede penal y contenciosa, y, consecuentemente, un enriquecimiento injusto. (...). Ahora bien, la referida incidencia no plantea ningún problema en el supuesto enjuiciado si finalmente se estimara el recurso, ya que podría acordarse la minoración del importe de las indemnizaciones, que se reconocieran a los perjudicados en las cantidades que pudieran serles reconocidas en la vía penal, remitiendo la determinación final del importe de la indemnización a la fase de ejecución de sentencias”.

La misma doctrina del TS se recuerda, entre otras, en la SAN de 22 de febrero de 2012 (ROJ 758/2012), Ponente: Francisco Díaz Fraile.

⁷⁰¹ César CIERCO SEIRA, “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”, *REDA*, núm. 145, 2010, pág. 167.

⁷⁰² Véase, por todas, la STSJ de Andalucía de 27 de marzo de 2014 (ROJ 2414/2014), Ponente: Luis Gonzaga Arenas Ibáñez.

Capítulo 4. La instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

I. LA INSTRUCCIÓN Y SU FUNCIÓN NUCLEAR EN ORDEN A LA ELABORACIÓN DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA CABAL

El despliegue de la fase de instrucción del procedimiento administrativo radica en el artículo 75 de la LPAC y desemboca en el 83, bajo la rúbrica del Capítulo IV de la LPAC, y con un objetivo claro hacia la búsqueda de una reunión de los elementos de juicio necesarios para que pueda resolver con garantías de legalidad y acierto. Dicho de otro modo, persigue la finalidad de preparación o confección de la voluntad de la Administración sobre la base de la causa que justificó la apertura procedimental (iniciación) y que, ordinariamente, se plasmará en una resolución final (terminación). Más en concreto, en el ámbito que nos movemos, la formación de la voluntad administrativa deberá sustentarse sobre la pronunciación de la existencia o carencia de su responsabilidad patrimonial (*ex arts. 32 y ss. de la LRJSP*) a la luz de lo tramitado en esta fase de instrucción.

La meramente teórica afirmación anterior se plasma en el artículo 75.1 LPAC de un modo inequívoco, fijando el criterio de que en esta fase se llevarán a cabo “[l]os actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”. Esta finalidad responde a una ambición legislativa que no puede entenderse ni explicarse didácticamente sin acudir a la (todavía vigente) triple división de los actos de instrucción que realizaba GUASP en su *Tratado de Derecho Procesal Civil*, a través de la cual se transmitía la idea de que en este tramo del procedimiento se pueden llevar a cabo alguna o algunas de las

siguientes actividades: de aportación de datos; de comprobación de datos; y la mezcla de las dos anteriores⁷⁰³.

Precisando brevemente la descripción de cada una de ellas, se ha de decir, en primer lugar, que las *actividades de aportación de datos* consisten en aquellas que tienen por objeto recibir en el procedimiento datos fácticos o jurídicos que informan el fundamento decisorio que en su día pondrá fin al procedimiento (informaciones públicas; alegaciones, art. 76; audiencia, art. 82). Por su parte, en segundo lugar, las *actividades de comprobación de datos* son las que van dirigidas a provocar el convencimiento de la Administración sobre la realidad de los datos sostenidos, o, dicho de otro modo, consiste en la actividad probatoria (arts. 77 y 78). Y, finalmente, las *actividades mixtas* consisten en una fase en la que se aportan datos y, al mismo tiempo, se comprueban, como es el caso de los informes (arts. 79, 80 y 81)⁷⁰⁴.

De este modo, en la presente fase, la Administración formará su bagaje a partir de varias actividades concretas que se plasman en el Capítulo IV de la ley antes enumeradas, y que se desarrollarán en el presente capítulo.

1. EL AMPLIO MARGEN DE MANIOBRA DEL INSTRUCTOR A LA HORA DE DAR CURSO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, no son estas subfases procedimentales positivizadas las únicas que el órgano instructor podrá llevar a cabo. También estará autorizado legalmente –aunque de forma tácita– para acudir a otros trámites que, en función de las circunstancias particulares del caso sea preciso habilitar, ya sea por estar prevista en alguna norma administrativa o procesal (por analogía) cuadrante con la naturaleza de las normas que informan el procedimiento (o el proceso) así como con alguna de las tres finalidades de

⁷⁰³ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Cincuenta años de procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 604, recordando que fue Jaime Guasp el que propuso esta división, proveniente de una definición de la fase de instrucción que el propio procesalista propuso y que se calcó, *a posteriori*, en la Ley General de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

En concreto, el autor se refiere a la siguiente obra: Jaime GUASP DELGADO, *Derecho procesal civil*, 2ª edición, IEP, Madrid, 1961, págs. 322 y 323, que escribió lo siguiente: “[e]l proceso de cognición en que la pretensión se satisface mediante una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, exige, por definición, el conocimiento del juez del fondo del asunto sobre el que tal declaración ha de recaer. El instrumento específico de tal conocimiento son los datos de carácter lógico que el juez ha de manejar para que, a base de su valoración o enjuiciamiento, llegue a un resultado favorable o desfavorable a la actuación de la pretensión formulada por el actor. Las actividades de instrucción en el proceso de cognición estriban, en consecuencia, en proporcionar al juez tales datos: hay, pues, que considerar como instrucción específica del proceso de esta clase la recogida y comprobación de los datos relevantes para determinar el sentido del fallo”.

⁷⁰⁴ Sobre la triple clasificación descrita véase Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 702 y ss.; o, del mismo autor, *Cincuenta años de procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 604 y 605.

Es también habitual encontrar sentencias que hacen suya la doctrina anterior, así como las SSTS en la que fue ponente el citado autor, de 4 de febrero de 1986 (ROJ 427/1986) o de 5 de febrero de 1990 (ROJ 15409/1990). Pero también en sentencias más recientes como por ejemplo la STSJ de las Islas Canarias de 3 de mayo de 2013 (ROJ 1635/2013), Ponente: César José García Otero, en relación con la actividad de comprobación de datos; o la STSJ de Murcia de 25 de febrero de 2016 (ROJ 524/2016), Ponente: Leonor Alonso Díaz-Marta, sentencia que calca la entera teoría de Francisco González Navarro.

la instrucción antes citadas. Y ello es posible también *ex lege* porque la LPAC, como ya hiciere en su momento la LRJPAC o la LPA 1958⁷⁰⁵, en ocasiones prevé expresamente la “*procesalización*” del procedimiento administrativo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.2 de la LPAC afirma lo siguiente: “[s]olo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley”⁷⁰⁶. Sin embargo, considero que el anterior precepto no es óbice para añadir trámites complementarios necesarios (no así, diferentes) para la consecución de los fines indicados en el propio artículo 75.1 LPAC, ya que en este momento es la propia ley la que está ensanchando las posibilidades del instructor siempre que tenga por objeto el cumplimiento de la finalidad concreta de la instrucción (extensible, en mi opinión a los hechos, pero también al Derecho)⁷⁰⁷.

En especial, a modo de inciso, en la sección dedicada a la prueba, el artículo 77.1 LPAC realiza una remisión bastante amplia a la LEC, ley que informará sobre los criterios relativos a la actividad probatoria, y específicamente, sobre los criterios de valoración de la misma. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que esta remisión no es

⁷⁰⁵ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 722, decía que tanto en la LRJPAC como en la LPA 1958 contenían “un título en el que se pone a disposición del instructor del procedimiento administrativo un arsenal de herramientas procesales conforme a las que actuar tanto en los procedimientos formalizados como en los no formalizados”.

Como se encarga de recordar Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las pruebas*, en la obra colectiva dirigida por Eduardo GAMERO CASADO y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, pág. 1684, en relación con la prueba del procedimiento administrativo, de antaño era habitual volver la vista a las normas del proceso civil con la finalidad de suplir las deficiencias y lagunas procedimentales, hasta el punto de que la propia Administración, por medio de la Orden Circular de 28 de octubre de 1958 declaró “aplicables al procedimiento administrativo los medios de prueba entonces previstos en la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 así como sus reglas de valoración”, además del apoyo doctrinal recibido. Todo lo dicho, al margen de que la autora insiste en que no se trata de una trasposición, sino de asfaltar una calzada bacheada, por decirlo de algún modo.

⁷⁰⁶ No está de más recordar que la STC de 24 de mayo de 2018, núm. 55/2018, Ponente: Andrés Ollero Tassara, ha descartado la inconstitucionalidad de este precepto de la LPAC, al no invadir competencia autonómica alguna, en contra de lo que había denunciado la Generalitat de Catalunya.

⁷⁰⁷ ALBERTO PALOMAR OLMEDA, *El procedimiento administrativo*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, consulta *online*, explica que esta regulación (la vertida en el art. 75.1 LPAC) implica la no limitación legal de los actos de instrucción, estableciéndose asimismo un sistema abierto de trámites. Pero acto seguido genera algunas dudas el autor al apuntar que esta apertura de trámites queda modulada por el art. 1.2 de la LPAC.

Sin embargo, como ya he adelantado en texto, considero que la previsión del art. 1.2 LPAC no restringe la libertad de tramitación de la instrucción administrativa, ya que es la propia ley (por tanto, norma con rango de ley, tal y como exige el precepto indicado) la que admite todos aquellos “actos de instrucción necesarios” que cumplan con la finalidad de la instrucción, esto es: “para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”. En el mismo sentido, también prevé el art. 75.1 de la LPAC la posibilidad de los interesados de “proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención”, lo que –juntamente con lo anterior– constituye una excepción legal de lo dispuesto en el art. 1.2 LPAC para el trámite de instrucción. Eso sí, siempre que se traten de trámites complementarios a los previstos (obligatoriamente) en el Capítulo IV del Título IV de la LPAC.

indiscriminada, sino más bien supletoria⁷⁰⁸. Pero pese a ello, es de apuntar que luego la remisión alcanza notable relevancia, fenómeno que se deriva de la deficiente e –al mismo tiempo– insuficiente regulación de la prueba en el procedimiento administrativo, y, por tanto, se acabe acudiendo, de algún modo u otro, a las normas del proceso civil con cierta reiteración. Pero no es el momento de deambular más sobre esta senda, ya que la prueba tendrá su protagonismo en otro epígrafe de este capítulo.

Tirando del hilo dejado antes del inciso que constituye el párrafo anterior, considero oportuno hacer extensible la solución habilitada para la prueba a los otros trámites administrativos que pudieran brotar en el procedimiento. Es decir, si para la ley –como para la doctrina y jurisprudencia, aunque sea con matices– es aplicable la norma procesal en aquel terreno al que no llega la LAPC por una insuficiente regulación (así como una especie de supletoriedad), ¿por qué no ofrecer esta solución a los demás trámites de la instrucción que necesiten de este relleno procesal integrador? La pujanza de la solución propuesta encuentra también un refuerzo argumental en uno de los principios típicos de la fase de instrucción procedimental, que no es otro que el principio inquisitivo o de actuación de oficio que ya hemos visto. Sin ir más lejos, integrada la interpretación de este concepto en la fase de instrucción, significa que el órgano administrativo tramitador debe acordar (de oficio) todos los actos instrumentales que sean convenientes y necesarios con la finalidad de obtener y comprobar los datos que pivotan sobre la órbita de un asunto determinado de la forma más adecuada para emitir una cabal resolución al término del procedimiento. Todo ello con el límite de que se trate de trámites necesarios; lo que implica que se descartarán aquellos trámites superfluos, con el objetivo de que la Administración no utilice el garantismo pensado legislativamente para favorecer al administrado como efecto meramente *burocratizador* o, simplemente para poner palos en las ruedas del proceso de consecución de los intereses perseguidos por este⁷⁰⁹.

Siempre con el citado límite en la mente, por lógico –sin ir más lejos–, la doctrina suele apreciar que los trámites previstos por la LPAC para la instrucción son una especie de *mínimo común* que debe tener presencia en el procedimiento, pero a partir de la exigibilidad de los trámites que deben estar por ministerio de la ley, la instrucción tiene una naturaleza simplemente enunciativa, lo que permite a la Administración (tanto de oficio como a instancia de parte⁷¹⁰) habilitar las diligencias necesarias para dar

⁷⁰⁸ Se preocupó de recordarlo así Francisco LÓPEZ MENUDO en el Prólogo de la obra de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 23.

⁷⁰⁹ Eladio ESCUSOL BARRA y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Derecho procesal administrativo. Procedimiento administrativo y proceso ante los tribunales contencioso-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 130 y 131, apuntan la carencia de sentido de realizar actos superfluos, porque una cosa es que sean necesarios a partir de una ponderación de las diligencias relevantes y, otra suerte es que precisamente aquella ponderación se postule como un límite para la Administración para vetarle la introducción de trámites innecesarios.

⁷¹⁰ Considero conveniente subrayar que, aunque sea la Administración la encargada de tramitar, porque es la que gobierna la instrucción procedimental, no es menos cierto que los interesados pueden también solicitar la práctica de determinados actos o diligencias *extra iure* a raíz de la permisividad del artículo 75.1 LPAC, en cuanto prevé el derecho de los interesados a “proponer aquellas actuaciones que

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 75.1 LPAC. Esto es, para mejor determinación, conocimiento y comprobación de los hechos y el derecho en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. De esta forma, puedo afirmar que la Administración tiene una amplia libertad para fijar los actos de instrucción necesarios en cada caso⁷¹¹. Pues además conviene recordar que el principio inquisitivo que inspira esta fase es más propio de la instrucción del proceso penal que del procedimiento administrativo, aunque haya sido objeto de adaptación en este último. Y ello implica que se le otorgue un carácter indubitadamente tendente hacia la investigación jurídico-fáctica de los elementos de juicio necesarios. Aserto que ha de ponerse ante la invertida y tradicional afirmación de la *instrumentalidad* del procedimiento con respecto a la resolución, entendiéndose esta última como la meta final a la que queda subordinado el entero procedimiento⁷¹². Ahora bien, la idea de la instrumentalidad se desvanece –lo cual es un importante matiz a la anterior afirmación– en el momento en que se obliga al órgano administrativo a basar su decisión en la gestación previa⁷¹³, situación que

requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”. No es un requisito la previsión legal o reglamentaria de los trámites por cuanto la formulación que le da la LPAC es alternativa al utilizar la conjunción “o” (dando más de una opción igualmente válida), y no la conjunción “y”, de la cual cabría sumar los significados.

Sobre lo que estoy insistiendo, pues, es que cuando me refiero a que la Administración puede habilitar diligencias, me estoy refiriendo –como es natural– a que también el interesado puede instar ante la misma la práctica de actos que crea conveniente, porque el principio dispositivo se encuentra en equilibrio de fuerzas con el principio inquisitivo, véase en este sentido FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, op. cit., pág. 702.

⁷¹¹ De modo tajante lo defiende Isabel GALLEGÓ CÓRCOLES, “Instrucción del procedimiento administrativo común”, en la obra colectiva coordinada por José GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, op. cit., Tomo II, pág. 1306, al afirmar que “el carácter inquisitivo del procedimiento administrativo contribuye a dotar a la Administración de una libertad amplia para determinar los actos de instrucción necesarios de cada caso, de modo que la LRJPAC se limita a enunciar y a diseñar el régimen básico de los actos de instrucción más habituales”.

Además de ello, es concurrente en el ámbito doctrinal que se destaque esta amplia libertad (con limitación en aquellos trámites superfluos) en la instrucción. Véase, en este sentido, por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, op. cit., pág. 501: “[e]l carácter inquisitorial del procedimiento administrativo contribuye a dotar a la Administración de una amplia libertad para determinar los actos de instrucción adecuados en cada caso (...)”; Eladio ESCUSOL BARRA y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Derecho procesal administrativo...*, loc. cit.; o Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, op. cit., págs. 134 y 135.

⁷¹² César CIERCO SEIRA en *La participación de los interesados...*, op. cit., pág. 33.

⁷¹³ Inspirado en la doctrina administrativista italiana, el fenómeno en texto resumido lo describía del siguiente modo César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, op. cit., pág. 35: “(...), la Administración está obligada a alcanzar una representación fidedigna y cabal de la situación fáctica y jurídica subyacente, así como de los diferentes intereses en presencia. Actuaciones todas ellas que se desarrollan en el seno de la instrucción procedimental y que resultarán luego determinantes en la definición del contenido asignado a la resolución conclusiva. Quiere decirse con ello en definitiva que, en el marco de un proceso decisorio como el administrativo, la decisión tiene una gestación *evolutiva* y no meramente episódica o puntual –circunscrita, esto es, a la fase de terminación–; la decisión se gesta, pues, a lo largo de toda la trama procedimental aunque sólo se exteriorice en un estadio final por medio de la resolución”.

Más adelante, en la página 41 de la misma obra citada, el profesor CIERCO aclara además que el vínculo entre la fase de instrucción y la de terminación radica en el plano sustancial, lo que significa que el acto conclusivo (la decisión) debe adecuarse de forma necesaria a lo averiguado en esa fase de gestación, con lo cual debe *resolver en atención y con sujeción a cuanto conste en el expediente*.

provoca un cierto derrumbe de la visión del procedimiento como mero apéndice de la resolución⁷¹⁴.

La amplitud de la libertad para agrandar el cauce del procedimiento en la instrucción estriba, asimismo, en la doctrina jurisprudencial acotada por nuestro TS, en tanto en cuanto reconoce, en una primera toma de contacto, la para nada baladí exigencia inapelable de esta fase, una etapa procedimental que no deja de ser un caudal de conocimientos⁷¹⁵. Sobre la estructura genérica apuntada, el margen de maniobra del que puede gozar el órgano administrativo puede hallarse primitivamente en el principio de *antiformalismo* del procedimiento, que ha sido utilizado por el TS como auténtico comodín para justificar –aunque tácitamente– esta amplitud de miras. Es destacable la STS de 15 de octubre de 1992 (y muchas otras posteriores) en cuanto que perfila la idea del antiformalismo desde dos vertientes, entre las que me interesa destacar la relativa a la necesidad de practicar todas aquellas diligencias necesarias para acreditar la realidad fáctica⁷¹⁶. Al fin y al cabo, dicha postura jurisprudencial no deja de ser coherente con la literalidad del artículo 75.1 LPAC. Pero la cuestión neurálgica que ello provoca es que la Administración pueda crear nuevos trámites o adaptar los ya existentes en la ley procedimental a las circunstancias y necesidades propias del caso, siempre que se respete así la estructura general básica del procedimiento y con ello no se provoque un abuso de tramitación⁷¹⁷. En este momento surge la necesidad de observar dos parámetros lógicos que han de sobrevolar la tramitación procedimental, y es que aquellos trámites novedosos o no previstos deben gozar de las notas de *necesidad o procedencia*⁷¹⁸. A simple vista se puede observar que dichas notas son un

⁷¹⁴ Sobre el alejamiento del carácter secundario del procedimiento administrativo, véase también (en el ámbito de la UE), la opinión de Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA, “El procedimiento administrativo europeo. La contribución de la justicia europea a la institución”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y Justicia...*, *op. cit.*, págs. 3084 y 3085.

⁷¹⁵ Un buen acopio de la jurisprudencia general del TS sobre la reconocida relevancia de la instrucción procedimental lo encontramos en María Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, en la obra colectiva coordinada por Pascual SALA ATIENZA, *Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo 3, págs. 1072 a 1074.

⁷¹⁶ Con la facilidad de mejorar el entendimiento de la idea expuesta, transcribiré a continuación la literalidad expresiva de la STS de 15 de octubre de 1992 (ROJ 17918/1992), Ponente: Francisco Javier Delgado Barrio: “(...) ha de recordarse que el procedimiento administrativo se caracteriza por su escaso formalismo, de suerte que en general dos son las exigencias esenciales que se le imponen: a) que se practiquen las diligencias necesarias para acreditar la realidad de hecho debatida –pruebas del art. 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo y b) que se ofrezca a los interesados la oportunidad de ser oídos –art. 91 de la citada Ley–”.

⁷¹⁷ Con el abuso de tramitación me refiero a una cuestión que he señalado con anterioridad referente a que sería ilícito utilizar esta libertad procedimental del órgano instructor para poner trabas a los requerimientos de los interesados, considerándose como ilícitos, entre otras cosas, los trámites superfluos, innecesarios o repetitivos.

⁷¹⁸ María Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1074. Habla de las dos notas citadas al apuntar la posibilidad de que dichas actuaciones se lleven a cabo tanto de oficio como a solicitud del interesado. Esta doble posibilidad sigue plenamente vigente a día de hoy, así como se desprende claramente del art. 75.1 LPAC.

Por poner algún ejemplo más de decisión judicial que la propia autora cita, es interesante la STS de 14 de febrero de 1997 (ROJ 1005/1997), Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que anula una resolución por la que se ordenaba la realización de determinadas obras basada simplemente en varias denuncias, sin haber averiguado previamente la Administración, por si misma, el estado en el que se encontraba el

concepto jurídico indeterminado y que, por tanto, no es posible sentar una definición o un protocolo de valoración que sirva para entender qué es necesario y qué es innecesario, siendo la propia Administración (en primera preferencia) y el o los interesados intervinientes en el procedimiento (en segunda preferencia y sin tener un carácter preceptivo) quienes tengan atribuida la función de imaginar cómo averiguar o probar la entera actividad sometida al juicio administrativo en cada caso concreto, y, consecuentemente, justificar aquella necesidad.

2. LA NECESIDAD DE APOSTAR POR UNA ADMINISTRACIÓN INSTRUCTORA ACTIVA

Sin que proceda entrar en otros pormenores en este momento, sí debo apuntar que la posibilidad anterior debería ir más allá de su idílica percepción. Es cierto que la Administración, hoy en día, no es muy dada a la actuación comprobadora de oficio (ni en muchas ocasiones por solicitud del interesado), y menos aún en aquellos procedimientos que podrían beneficiar a los administrados. De hecho, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial (que en cuanto a esto se podría hacer extensivo a muchas otras esferas de la actividad administrativa) es muy reiterativo el alegato conforme al cual la Administración no dispone del tiempo suficiente para instruir el procedimiento de manera detallada, por lo que la realización de otras actuaciones extraordinarias en aras de una mejor y más completa instrucción solo forma parte de la esperanzadora e ilusoria propuesta del que suscribe estas líneas. De hecho, con el simple buceo por las páginas de la doctrina de los Consejos Consultivos o de los Juzgados y Tribunales suele hallarse en infinidad de ocasiones –en aquellos casos de carencia de tramitación o de deficiente tramitación de esta– el “argumento” de la sobrecarga de la Administración por deber atender multitud de reclamaciones, por encima pues, de sus posibilidades logísticas. Sin embargo, no es una cuestión que, al fin y al cabo, no dependa de la propia Administración, más bien al contrario, es una situación que la misma puede evitar y, en virtud del principio de buena administración debe hacerlo, tal y como suele recordar con vehemencia, por ejemplo, la Comissió Jurídica Assessora⁷¹⁹.

inmueble en conflicto. De este modo, la sentencia recordó a la Administración que debe impulsar de oficio todos sus trámites, lo que comporta la obligación de desarrollar (también de oficio), “toda la actividad de instrucción que sea *necesaria* para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución administrativa” (la cursiva es mía).

Ahora bien, será complicado que la anterior solución (más allá de la parte teórica) llegue a buen puerto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial en tanto en cuanto en el caso de la sentencia se trataba de una resolución administrativa que conllevaba una carga para la administrada, en cambio en la responsabilidad patrimonial el daño material ya está hecho y solo cabe que la Administración reconozca una cuestión que, en el mejor de los casos, beneficiaría al interesado reclamante. Una cuestión ésta que lamentablemente no tiene tanto calado ante los juzgados y tribunales en este ámbito, por soler entenderse equívocamente más incrementada la necesidad de diligencia del interesado (en probar o proponer diligencias) que de la Administración. Ello sin perjuicio de los casos más claros en los que la instrucción sea imprescindible a simple vista.

⁷¹⁹ Vale con citar el Dictamen de 1 de diciembre de 2016, núm. 315/2016, de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, Ponente: Sonia Ramos González, en la que obviamente se recordó a la Administración interviniente (el Servicio Catalán de la Salud) que los retrasos en la tramitación no se ajustan al principio de buena administración, y se hizo de un modo muy descriptivo: “[s]e puede valorar negativamente la dilación en la tramitación del procedimiento, que la propuesta de resolución atribuye al gran volumen de expedientes que tramita la Asesoría Jurídica del CatSalut, en especial desde el segundo

Este panorama lleva a reflexionar sobre la necesidad de que la Administración tenga un papel activo en la investigación y comprobación de los hechos cuando se esté ante un supuesto de responsabilidad patrimonial (o cualquier otro), que le permita tener una visión completa de cada caso concreto y decidir con plenitud de conocimiento de causa (*vocación de completitud probatoria* que informa el procedimiento⁷²⁰). También es cierto que el órgano instructor suele disponer de facilidades en muchas ocasiones con motivo de la previa intervención instructora de otras autoridades, como por ejemplo podría ser la instrucción penal u otros organismos administrativos que han conocido del caso (inspección tributaria, inspección de trabajo, etc.). Pero fuera de allí el terreno administrativo se adentra ante un oscuro camino que los agentes públicos pavimentan a marchas forzadas, quizá viéndose empujados por una mala gestión de los recursos de la Administración.

Sobre este particular, es necesaria una Administración con amplitud de miras situada en línea con las exigencias de los estándares regulatorios europeos tendentes a la implantación del derecho a una *buena administración*. En conexión con la instrucción de procedimientos administrativos, y con derivación del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (derecho a una buena administración⁷²¹), la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 29 de abril de 2015, que conocía de una demanda por responsabilidad extracontractual por el mal funcionamiento del Defensor del Pueblo Europeo, apuntó una vez más hacia la amplitud de miras en torno al término buena administración y, en concreto, sobre la incidencia de este derecho en las garantías que deben tener los procedimientos administrativos, entre las que “figura el respeto del principio de diligencia, a saber, la obligación de la institución competente de *examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes del asunto de que se trate*”. En concreto, sigue la sentencia, este deber de las Instituciones se traduce

escrito de alegaciones de los reclamantes (que el órgano instructor recibió el 7 de octubre de 2014) hasta la emisión de la propuesta de resolución (el 2 de agosto de 2016), y desde esta fecha hasta la entrada de la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora (el 13 de octubre de 2016). Son muchos los dictámenes en los cuales la Comisión ha constatado dilaciones en la tramitación de los procedimientos [*de responsabilidad patrimonial*] y ha indicado que estos retrasos no se ajustan al principio de buena administración, en los términos de los artículos 30 del Estatuto de autonomía de Cataluña y 22.1.d) de la Ley 26/2010 (recientemente, Dictamen 129/2016)”. El texto en cursiva es mío.

Es interesante la apreciación final recordando los muchos dictámenes en los que la Comissió ha apuntado a la deficiente tramitación y en los que no acepta como justificación en modo alguno la sobrecarga de reclamaciones. Además del dictamen señalado en este sentido en el propio texto anterior, cabe apuntar (a mayor abundamiento y a modo ejemplificativo) los siguientes dictámenes de la Comissió: de 21 de junio de 2018, núm. 120/2018, Ponente: Antoni Vaquer Aloy; o de 14 de junio de 2018, núm. 113/2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez.

⁷²⁰ Véase el capítulo anterior.

⁷²¹ Ha de tenerse en cuenta que el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, al hablar de la buena administración se refiere a tres campos de garantía concretos, a saber: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; y c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Sin embargo, el TJUE tiene sentado que la buena administración no acaba con esta enumeración, sino que es un término más amplio, de alcance general a los procedimientos.

en la diligencia que deben tener estas para “reunir de manera diligente los hechos indispensables para el ejercicio de su amplia facultad de apreciación”⁷²².

De estas líneas se puede deducir a modo de reflexión general que el derecho a una buena administración para los ciudadanos se transforma en un deber para las Administraciones Públicas también en la vertiente consistente en exigir una *administración (instructora) activa*⁷²³. Dicho de otro modo, una administración que sea diligente, minuciosa y exhaustiva en la tramitación de los procedimientos, que no solo se dedique a realizar los pasos formales (trámites) obligatorios, sino que se convierta una administración averiguadora, será una buena Administración. Esta es una cuestión que se debería incorporar en la práctica administrativa española, y en concreto, valiéndose de la amplia permisividad de la LPAC, tal y como vengo sosteniendo⁷²⁴. Todo ello con la finalidad, por tanto, de tener un conocimiento completo del asunto y poder así motivar la decisión de un modo cabal, dado que, por otro lado, la motivación se erige como la piedra angular de la llamada justicia (material) administrativa⁷²⁵.

⁷²² STGUE de 29 de abril de 2015 (asunto T-217/11), Ponente: V. Kreuzschitz. La sentencia, que recoge los citados fragmentos entre sus apartados 81 a 84, se dedica también a recordar la doctrina del TJUE sobre la *necesidad de minuciosidad* e imparcialidad en la tramitación de los procedimientos administrativos, entre otras, en las sentencias de “21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/07, P, Rec, EU:C:2008:613, apartado 56, y de 9 de septiembre de 2011, Dow AgroSciences y otros/Comisión, T-475/07, Rec, EU:T:2011:445, apartado 154”.

Una cuestión esta que se recuerda recientemente también en la STGUE de 17 de mayo de 2018 (asunto T584/13), Ponente: I. Pelikánová, apartado 95.

⁷²³ Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 434, también cita este *deber de comportamiento activo de la Administración*, como derivado del mandato de la eficacia que el artículo 103.1 CE impone a los poderes públicos. Cuestión que (tal y como cuenta el autor), encuentra respaldo en la jurisprudencia del TC, que, en su sentencia de 2 de noviembre de 1989, núm. 178/1989, Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo, consagra la eficacia como “un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar ‘de acuerdo’ con él (art. 103.1 CE)”.

⁷²⁴ Téngase en cuenta pues, que –salvando las distancias–, como explica Manuel REBOLLO PUIG, “La actividad de inspección”, en la obra colectiva coordinada por Tomás CANO CAMPOS, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Vol. III, Iustel, Madrid, 2009, pág. 54, en la mayoría de procedimientos administrativos existen diligencias encaminadas a determinar los hechos necesarios para dictar la resolución, incluso con una fase específica de prueba (típica, pues, de la instrucción), una actividad que, es muy cercana a la naturaleza de la actividad propia de inspección en sentido estricto.

Pese a la semejanza, y para facilitar el entendimiento de estas líneas, debo apuntar a continuación la propia definición de *inspección* que el propio autor nos da (pág. 53), siendo “la actividad de la Administración en la que se examina el comportamiento de los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos”. De esta definición podemos observar que la inspección está dirigida a velar por el respeto al ordenamiento administrativo, tratándose de una actividad de policía sobre los administrados, mientras que la actividad de averiguación que pudiera tener lugar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial tiene un objetivo bien distinto: obtener los elementos de juicio fáctico-jurídico necesarios para tomar una decisión.

⁷²⁵ No se puede motivar correctamente sin realizar una buena instrucción previa. Por ello estas garantías procedimentales están (y deben respetarse) a la par. Buena administración y motivación, es una conexión que nuestro TS suele hacer con habitualidad, tal y como explica Juli PONCE SOLÉ, “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, en *INAP* (versión electrónica), estudios y comentarios, enero, 2017, consultado en fecha 5 de julio de 2018; en la siguiente dirección web: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.

3. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES DE LOS ACTOS DE INSTRUCCIÓN

A modo de colofón del artículo 75 LPAC, cabe señalar que sus puntos 3 y 4 prevén otras especificidades que derivan del principio de libertad instructora (con arraigo en el punto 1 del mismo artículo) y, pese a que tienen un carácter secundario, deberán tenerse en consideración durante el procedimiento. En primer lugar, el art. 75.3 LPAC introduce ciertas facilidades para el interesado si aquel debe intervenir en los actos de instrucción, debiéndose practicar estos en la forma que resulte más conveniente para ellos y compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales. Por su parte, el art. 75.4 LPAC habilita de una forma global al órgano instructor del procedimiento para adoptar todas aquellas medidas que fueran necesarias con la finalidad de lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

Por último, el punto 2 del art. 75, como viene siendo habitual en toda la secuencia de la LPAC, se ocupa de garantizar algunas cuestiones relativas a la tramitación electrónica, disponiendo que las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y publicidad de los procedimientos.

II. LAS ALEGACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. EL DERECHO DE ALEGAR DE LOS INTERESADOS

Incrustada en la Sección que se dedica a las “Disposiciones generales” de la fase de instrucción procedimental la facultad alegatoria de los interesados (bajo la rúbrica del artículo 76 LPAC⁷²⁶) se entiende –en palabras de CIERCO SEIRA– como aquel derecho consistente en la exposición por el interesado de su punto de vista sobre las actuaciones que la Administración viene sustanciando⁷²⁷. Dado que se trata de un derecho que, a su vez, es una manifestación del derecho a la defensa (art. 24 CE) y del principio de contradicción sobre el que pivota el procedimiento, las alegaciones presentadas conllevan una obligación jurídica de la Administración de tenerlas en consideración (art. 76.1, apartado segundo)⁷²⁸.

⁷²⁶ El artículo 76 LPAC no define lo que son las resoluciones, pero sí da pistas sobre el contenido de las mismas, dejando la definición para la actividad doctrinal. En concreto, el art. 76.1, párrafo primero, dispone lo siguiente: “[l]os interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

⁷²⁷ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 212 y 213. Explica además que las alegaciones forman parte de un elenco de derechos de los interesados que tienen por finalidad permitirles intervenir eficazmente en el procedimiento administrativo una vez tienen conocimiento del contenido del expediente administrativo, para así tratar de convencer a la Administración para que resuelva en un sentido favorable al mismo cuando.

⁷²⁸ Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 346 y 347; así como Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, págs. 152 y 153.

Conforme al propio art. 76.1 LPAC, se desprende que las alegaciones son más que simples afirmaciones de conocimiento, de hechos y razonamientos jurídicos⁷²⁹, sin que nada impida que el interesado aporte, además de su *versión, opinión o criterio*, también aquella prueba que la sustente (o proposición para practicar determinada prueba o actuación), en tanto en cuanto su precepto regulador abre la posibilidad de “aportar documentos u otros elementos de juicio”. Será este el cauce para proponer cualquier otra cuestión, sin olvidar que, al fin y al cabo, es dable presentar también argumentos relativos a la conveniencia u oportunidad de la decisión que se pretende adoptar (*alegaciones de oportunidad*)⁷³⁰.

La principal diferencia con el proceso judicial es que la LPAC no regula un trámite específico de alegaciones en el sentido de un período específico de tiempo para formularlas, sino que esta posibilidad queda habilitada durante gran parte de la tramitación (fase de instrucción), con la única condición de que sea anterior al trámite de audiencia⁷³¹. Por tanto, por lo general, el trámite de audiencia conforma un límite temporal a la libre formulación de alegaciones por los interesados durante la instrucción, con lo que no sería correcta la afirmación de que esta fase no está sometida a un plazo perentorio, por largo que sea el mismo.

De alegaciones debemos diferenciar dos clases: de fondo (art. 76.1 LPAC) y de forma (art. 76.2 LPAC)⁷³²; siendo que en el segundo de los casos no rige el anterior límite temporal. La primera clase es referente a aquellas cuestiones objeto de debate, es decir, en nuestro caso, se pronunciarán sobre los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Básicamente se debe puntualizar que se trata de cuestiones relativas a la prueba, pero sin perjuicio de las cuestiones jurídicas, que también son relevantes en este ámbito (como, por ejemplo, la existencia o no de prescripción)⁷³³. Respecto a la segunda de las clases, las alegaciones de forma, cabe señalar que el punto 2 del art. 76 LPAC establece que *en todo momento* los interesados tendrán la posibilidad de “alegar los defectos de tramitación”. Y, especialmente podrán

⁷²⁹ Así como las define Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Parte general*, Tomo I, 18ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 216.

⁷³⁰ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 214. Con inspiración en la doctrina italiana, el autor expone que, una vez finalizado el procedimiento administrativo, las alegaciones de oportunidad se convierten en “eventuales motivos de ilegalidad del acto aducibles en vía judicial”.

⁷³¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2016, *op. cit.*, pág. 521; o Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, pág. 136.

⁷³² Tal y como explica María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 230 y 231.

⁷³³ María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *loc. cit.*, explica que en el momento en el que precluye el período de prueba, si el interesado lo deja transcurrir no puede, en principio, con posterioridad pretender realizar dicho trámite. Sin embargo, la posibilidad de plantear alegaciones (que, como he dicho, tienen como único límite el trámite de audiencia), abre una posibilidad extraordinaria de presentar prueba o plantear la práctica de prueba. Y sobre ello considera la autora que “no le es dable a la Administración rechazar las alegaciones y documentos que venga el interesado a formular y presentar en dicho procedimiento tras la fase probatoria por considerarlas extemporáneas. Por el contrario, la Administración deberá, como expresa el art. 76 LPAC, tener en cuenta unos y otros tanto al realizar la propuesta de resolución, como al dictarla”.

denunciar aquellos defectos que “supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto”⁷³⁴. En este supuesto no existe el límite temporal del trámite de audiencia, siendo que en aquellos casos en los que se alegan defectos de tramitación, la audiencia no representa una frontera para los interesados. Si bien el precepto no prevé la modalidad de hacer efectivas dichas alegaciones, algún autor ha defendido que se deben presentar ante el superior jerárquico del órgano instructor, ya que no provocan la paralización del procedimiento, sino solo pretenden la responsabilidad del instructor⁷³⁵. Ahora bien, considero que la finalidad de este tipo de alegación de los defectos en la tramitación ha de responder más bien a un objetivo de disuasión del órgano instructor con la finalidad de subsanar o retrotraer él mismo el procedimiento a aquel momento en que se ha producido el presunto defecto. Este efecto lo tendría a la vista de una futura discusión en sede judicial, que de confirmarse por parte del juez contencioso-administrativo el denunciado defecto, la responsabilidad disciplinaria sería prácticamente automática. Sin embargo, no soy muy optimista respecto a que esta solución, de buena fe legislativa, del art. 76.2 LPAC consiga funcionar.

2. EL DEBER DE TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS ALEGACIONES PRESENTADAS

El art. 76.1 LPAC, párrafo segundo, establece que las alegaciones a que hace referencia en su párrafo primero serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución, y además deberá decidir todas las cuestiones planteadas por ellos (88.1 LPAC)⁷³⁶. Esta previsión es consecuencia del reconocimiento por nuestra Constitución del derecho a la defensa (art. 24.2 CE) que extiende sus efectos también al procedimiento administrativo y, especialmente, en vinculación con el deber de motivar los actos administrativos que resuelven los procedimientos de responsabilidad patrimonial (art. 35.1 h LPAC). En palabras del TC, extraídas de la sentencia de 13 de enero de 1998, “de poco serviría exigir que el expedientado cuente con un trámite de alegaciones para su defensa, si no existe un correlativo deber de responderlas”⁷³⁷. Pero la confusa doctrina jurisprudencial existente sobre ello matiza que este correlativo deber de responder que la Administración tiene no implica la obligación de responder de forma puntual a todos los argumentos y razonamientos expuestos por los interesados, sino que, en atención a las circunstancias

⁷³⁴ Por último, también prevé dicho artículo que siempre que hubiera razones para ello, las alegaciones por defectos de tramitación podrán dar lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

⁷³⁵ Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., pág. 153.

⁷³⁶ Un derecho que también se repite entre el elenco de derechos de los interesados en el procedimiento administrativo, en concreto, art. 53.1 e) LPAC, que prevé el derecho a “formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

⁷³⁷ STC de 13 de enero de 1998, núm. 7/1998, Ponente: Pedro Cruz Villalón.

concurrentes basta con una respuesta global o genérica, “aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales”, incluyéndose la desestimación tácita⁷³⁸.

3. EL CAUCE PARA DAR RESPUESTA A LAS ALEGACIONES PRESENTADAS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En función de la tipología de las alegaciones que los interesados puedan llegar a presentar, la cuestión dudosa que emerge en este momento es cómo la Administración debe responder a las mismas, si a través de un cauce específico de respuesta (resolución especial para las concretas alegaciones) o mediante la integración de la decisión en la resolución que clausura el procedimiento. Teniendo en cuenta que para la formulación de las mismas no es necesario un trámite específico (STS de 21 de junio de 2005)⁷³⁹, la respuesta que de principio parece oportuna es que tampoco la resolución administrativa al planteamiento alegatorio ha de canalizarse mediante un trámite específico. Consecuentemente, se deja total libertad al interesado para presentarlas en el momento que considere oportuno, siempre que sea con anterioridad al trámite de audiencia, como vengo repitiendo⁷⁴⁰. Por tanto, la regla general será la ausencia de resolución especial.

Ahora bien, tal y como puse de manifiesto en el capítulo anterior, en un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial coexisten múltiples incidencias que, a su vez, podrían dar lugar a *sub-procedimientos* dentro del procedimiento principal: las llamadas cuestiones incidentales (que, como es lógico, pueden derivar también de las alegaciones planteadas por los interesados). Sin entrar en aquellas de naturaleza adjetiva, me interesa insistir, en primer lugar, que el

⁷³⁸ SSTS de 5 de enero de 2009 (ROJ 2/2009), Ponente: Eduardo Espín Templado; o de 5 de octubre de 2015 (ROJ 4099/2015), Ponente: Diego Córdoba Castroverde. En concreto, esta última sentencia define la desestimación tácita como aquella que permite la deducción de la decisión a partir del conjunto de razonamientos.

Ahora bien, téngase en consideración que el TC ha señalado que las llamadas alegaciones sustanciales deben obtener respuesta porque el deber de motivación adquiere especial intensidad. Véase, en este sentido, la STC de 27 de marzo de 2000, núm. 58/2000, Ponente: Pablo Cachón Villar.

Incluso en alguna ocasión, el TS ha equiparado la inexistencia de respuesta a unas alegaciones presentadas en el trámite de información pública con la privación del derecho a la audiencia, lo que provoca la omisión de un trámite esencial del procedimiento ya que “el exacto cumplimiento de dicho trámite de información pública requiere no solo la mera formalización y recepción de las diversas alegaciones de los interesados sino su atenta lectura y contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones” (STS de 6 de octubre de 2015, ROJ 4382/2015, Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate).

Pero dado que esta solución es reiterada en alguna que otra sentencia del alto tribunal, no podemos importarla como regla general en cualquier procedimiento ya que es una solución para el trámite de información pública (art. 83 LPAC), y se trata, por tanto, de un período habilitado cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera, lo que no suele ser habitual en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

⁷³⁹ STS de 21 de junio de 2005 (ROJ 4050/2005), Ponente: Pedro José Yagüe Gil.

⁷⁴⁰ José Antonio TARDÍO PATO, “Alegaciones, audiencia y participación de los interesados”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, Tratado de procedimiento administrativo..., *op. cit.*, pág. 1575.

procedimiento de responsabilidad patrimonial puede tener la consideración de procedimiento complejo, y esta característica tiene repercusión directa en las alegaciones. La complejidad que me interesa resaltar se explica tanto por la intervención de los sujetos legitimados, activos (pluralidad de reclamantes) o pasivos (responsabilidad concurrente de varias Administraciones, existencia de sujetos privados hipotéticamente responsables, aseguradoras, etc.); como por causa de la posible dificultad técnica de la materia en la que se adentra la discusión de responsabilidad. Esto último es así, dado que el ámbito material de la responsabilidad patrimonial es ampliamente heterogéneo (puede ir desde la responsabilidad sanitaria hasta la responsabilidad urbanística pasando por la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [CNMV]) y consecuentemente el embrollo de sus incidentes puede resultar destacable.

Así, la introducción de determinadas cuestiones (alegaciones) no estandarizadas legalmente que den pie a piezas separadas pueden consistir, por poner algunos ejemplos, en: la solicitud de intervención al procedimiento de presuntos responsables (por tanto, como posibles interesados)⁷⁴¹; la propuesta de valoración del daño dentro del marco como pieza separada⁷⁴²; planteamiento de pruebas que son rechazadas por manifestada improcedencia o innecesariedad⁷⁴³; o la existencia de nexo causal de dudosa apreciación⁷⁴⁴.

Si bien la práctica de este tipo de incidentes no está muy presente en el día a día de la Administración, sí que podría plantearse como una propuesta de mejora del funcionamiento de la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en aras de garantizar el principio de eficacia de los poderes públicos (art. 103.1 CE). No en vano, algunos autores afirman que, en ocasiones, las Administraciones están mejor situadas que los Tribunales para resolver de forma más acertada los problemas

⁷⁴¹ Algo así como la figura de la intervención procesal regulada en los artículos 13 y siguientes de la LEC.

⁷⁴² Un incidente de valoración de tramitación específica (separada) que tuviere como finalidad la de aligerar la carga de cuestiones a decidir en la resolución final (donde su peso será rebajado por la más que probable gran carga de trabajo del órgano instructor), y, de este modo apreciar mejor los alegatos de todos los intervinientes en el procedimiento como interesado.

No está de más recordar, a efectos de comparación por analogía, que, en los procedimientos de expropiación forzosa, la LEF regula el expediente de fijación de justiprecio como pieza separada (art. 26.1), lo cual también podría haber lugar en los procedimientos de responsabilidad patrimonial cuando la complejidad del daño a valorar así lo aconsejare.

⁷⁴³ En este caso es el propio art. 77.4 de la LPAC que prevé un específico cauce resolutorio cuando exige que el rechazo de pruebas propuestas por los interesados se realice “mediante resolución motivada”.

⁷⁴⁴ Por ejemplo, daños que por el estado de la ciencia sean difícilmente vinculables con el hecho originario supuestamente causante de los mismos. Es el caso de los efectos secundarios de las vacunas. Es suficientemente conocido que las vacunas, pese a lo seguras que por lo general son, no están exentas de riesgos. Pero la conexión entre la vacuna-riesgo-daño ha de encontrar respaldo en una prueba pericial no simple, que, según Nuria María GARRIDO CUENCA, “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?”, *REDA*, núm. 189, enero-marzo, 2018, pág. 144, puede consistir en elementos probatorios dados por “los servicios epidemiológicos, informes médicos, literatura científica, o las propias instituciones de farmacovigilancia”.

singularmente complejos⁷⁴⁵. Decidir temas singularmente complejos en subtrámites específicos en la fase de instrucción sería, primero un *make better* administrativo, y, segundo, conseguiría evitar otros trámites innecesarios (si se llega a la conclusión de la inexistencia de relación de causalidad, no cabría seguir con la discusión de otros pormenores a no ser que se haga bajo la precaución de un futuro proceso contencioso-administrativo).

III. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

No desprende la LPAC un aire demasiado innovador –tampoco– en la Sección que le dedica a la prueba, en concreto, a los medios y período de prueba (art. 77) y a la práctica de esta (art. 78). Sus dos artículos, de igual modo que ya hiciera la LRJPAC, se quedan cortos en comparación con la enorme relevancia que la prueba ostenta en el procedimiento; un procedimiento que, como ya expliqué en el Capítulo relativo a la ordenación procedimental, tiene una vocación de completitud probatoria. Y, a mayor abundamiento aún, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, un ámbito procedimental que –en relación con su regulación probatoria–, *a priori*, se ve superado por el procedimiento común especial de la potestad sancionadora, procedimiento para el que –a diferencia del que es objeto de estudio– sí se prevé alguna puntual especialidad. Esta escasez regulatoria se ha llevado todos los reproches doctrinales posibles y no es para menos⁷⁴⁶. Ahora bien, algunas voces valoran este hecho como un guiño de libertad que otorga el legislador a la Administración para contar con un margen de maniobra importante a la hora de practicar la prueba⁷⁴⁷, circunstancia que, sin duda, puede tener una connotación positiva, pero va a depender –en gran medida– del buen hacer del instructor. Pero lo que sí es cierto, es que esta situación provoca que una gran parte de las normas que el ordenamiento jurídico proporciona en torno a la actividad probatoria no tengan su plasmación en la LPAC, originando la necesidad de los operadores jurídicos de acudir a aquellos ámbitos (procesales) donde se han

⁷⁴⁵ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas”, en la obra colectiva dirigida por Fernando GÓMEZ POMAR e Ignacio MARÍN GARCÍA, *El daño moral y su cuantificación*, *op. cit.*, pág. 605.

⁷⁴⁶ Véase, a modo ejemplificativo, los tonos críticos por razón de la brevedad, escasez o deficiente regulación de la prueba en la LPAC (o en la anterior LRJPAC), de los siguientes autores: Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, págs. 1685 a 1687; María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 27; Ángela MANZANO SALCEDO, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 9; Isabel GALLEGO CÓRCOLES, *Instrucción del procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, págs. 1308 y 1309; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 498; o Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 151 a 159.

⁷⁴⁷ Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 399, si bien inicialmente apunta, igual que en la nota anterior, hacia a la escasa regulación de la prueba lo hace desde un punto de vista un tanto más optimista, apreciando que dicha escasez “denota la flexibilidad con la que se configura la actividad probatoria”, lo que permite una “gran libertad a la hora de la práctica y de la valoración de las pruebas por parte de la AP”. En sentido similar Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, pág. 140.

suministrado respuestas más claras en torno a esta actividad central. Y así se hará en este epígrafe, sin descuidar que nos hallamos en vía administrativa.

Más allá de las circunstancias anteriores, considero oportuno remarcar que la prueba, si no es el elemento más importante que hace acto de presencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, sí que es uno de los más relevantes⁷⁴⁸. Porque al fin y al cabo se postula como la única manera de demostrar el cumplimiento de los presupuestos materiales de la institución. No en vano, el art. 75 LPAC promueve la instrucción como los actos necesarios para determinar, conocer y comprobar los hechos en base a los que deba pronunciarse la resolución; y estos hechos se averiguan, nada más y nada menos que mediante la actividad probatoria. Por tanto, es una cuestión que los interesados deberán cuidar con suma minuciosidad. Así, de un lado, los reclamantes lo harán con la finalidad de probar la existencia de responsabilidad (en los términos de los arts. 32 y ss. de la LRJPS) y, de otro lado, los demás interesados en el sentido de desvirtuarla, o al menos (si son terceros presuntamente responsables), probar su falta de responsabilidad o relativizarla. Dicha cuestión es, además, por regla general, carga de los reclamantes, con la excepción relativa a la concurrencia de causa de fuerza mayor (que se le atribuye a la propia Administración)⁷⁴⁹ o en los supuestos de alteración de la carga de la prueba que veremos en las siguientes páginas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en resaltar por lo general la importancia probatoria en el procedimiento administrativo y, como es natural, luego en el proceso judicial. Tal y como adelanté en el capítulo anterior, sobre este asunto algún autor ha pretendido –con acierto– hacer hincapié en la carencia de prueba de la responsabilidad patrimonial, siendo que en España se deja de indemnizar una gran multitud de casos por la falta de aquella. De este modo se encargan de recordarlo –siempre que tienen ocasión de hacerlo (y se les presenta con reiteración)– los juzgados y tribunales⁷⁵⁰. Es por esta razón que la falta de fe que el interesado pueda llegar a tener

⁷⁴⁸ Sobre la importancia de la prueba en el procedimiento administrativo en general véase la tajante afirmación de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 86. Y, en concreto, sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial, Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op.cit.*, pág. 179, apunta que “[e]s oportuno destacar que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial la cuestión más importante es la prueba de los daños, cuya carga recae en los reclamantes”.

⁷⁴⁹ Explica Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op.cit.*, pág. 179, sobre la base de la doctrina del Consejo de Estado, que, al operar la fuerza mayor como una causa de exclusión de la antijuridicidad del daño y, por tanto, es capaz de exonerar a la Administración de responsabilidad, es ella misma la que debe probar la existencia de esta causa. Véase en este sentido los Dictámenes del Consejo de Estado citados por la autora, como, por ejemplo, de 14 de enero de 2010, núm. 1824/2009, o de 3 de diciembre de 2009, núm. 1823/2009.

⁷⁵⁰ Gabriel GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 71 a 81. El autor demuestra este hecho a partir de varias resoluciones judiciales tomadas a título ejemplificativo entre las que destaca la STS de 9 de abril de 2015 (ROJ 1322/2015), Ponente: Inés María Huerta Garicano. En esta resolución judicial se conocía de una reclamación de responsabilidad patrimonial por una minusvalía en la pierna provocada a un paciente como consecuencia –supuestamente– de una electromiografía (técnica diagnóstica no invasiva que se realiza frecuentemente en los Hospitales Públicos). Pero el TS no vio acreditado el vínculo entre daño y dicha actuación médica y así lo expuso en su desenlace resolutorio: “[n]o quedó justificada la imprescindible relación de causalidad entre la actuación médica y las secuelas que padece, que bien pudieran ser manifestación de la enfermedad,

en la vía administrativa no debe impedir una correcta actitud encaminada hacia la completitud probatoria, porque, en palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, “si por cualquier circunstancia en vía judicial no se admitiera la prueba, haya en el expediente elementos suficientes para provocar el convencimiento del tribunal”⁷⁵¹. Recordemos pues, que la vocación de completitud probatoria desencadena que el expediente administrativo (por tanto, lo probado en el mismo) actúe como una especie de garantía contencioso-administrativa.

1. EL OBJETIVO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EN BÚSQUEDA DE LA VERDAD

La prueba en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial es, como acabo de explicar, una cuestión céntrica. La idea de la completitud probatoria del expediente que se forma en este procedimiento junto con su complejidad intrínseca, que vengo defendiendo a lo largo del presente trabajo, pone a la actividad probatoria como en la cima de la secuencia instructora. Sin prueba no existirán los presupuestos que el art. 32 LRJSP exige para la existencia de responsabilidad. Con la finalidad de comprender el papel que la prueba desempeña en este concreto procedimiento, considero pertinente no orillar algunos aspectos generales de la materia y su específica incidencia en el procedimiento de responsabilidad.

A. El concepto universal de la prueba en el ámbito procesal

El sendero previo de obligado paso para hallar una respuesta teórica sobre la finalidad que tiene la prueba en el procedimiento consiste en describir brevemente qué se entiende por el término jurídico “prueba” con carácter universal en nuestro ordenamiento jurídico (procesal). Si acudimos a las definiciones que nos proporcionan las voces más autorizadas en la materia (independientemente del ámbito de conocimiento del derecho) encontraremos elementos comunes definidores, no solo de

elemento esencial –además del daño y su antijuridicidad– para que pueda efectuarse un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial”.

Por lo demás, este tipo de afirmaciones son totalmente habituales en los ríos de tinta escritos por parte de los jueces y magistrados. Véase así, de forma no exhaustiva, la STSJ de Madrid de 16 de febrero de 2018 (ROJ 1978/2018), Ponente: Francisca María de Flores Rosas Carrión, que señaló a la total y absoluta falta de prueba, poniendo de manifiesto que “no ha quedado acreditado que el daño y las secuelas padecidos por doña Raquel se deben a que la asistencia sanitaria prestada por FREMAP no se ajustó a la buena praxis médica”; la STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2018 (ROJ 265/2018), Ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez, en conocimiento de un supuesto por caída en la vía pública, confirmó el criterio del Juez *a quo* advirtiendo que “ni de la prueba documental, ni de la testifical practicada, valoradas por el Juez *a quo*, resulta acreditado ni el punto en el que se produjo la caída estuviese en un estado que pudiese provocar una caída, ni que esta se produjese por defectos en la calzada o en la alcantarilla”; o, finalmente, la STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2017 (ROJ 4741/2017), Ponente: Joaquín Borrell Mestre, sobre un supuesto de responsabilidad de la Administración penitenciaria en el que el Tribunal no supo apreciar la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño porque “[n]o ha quedado acreditado que los daños sufridos por el recurrente sean debidos a un deficiente funcionamiento del Servicio Penitenciario”.

⁷⁵¹ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 726.

un concepto global de esta actividad, sino del propio objetivo perseguido por la actividad probatoria.

Decía BONNIER que “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”, una definición un tanto ambiciosa que se ha ido matizando con el paso del tiempo, según explica el autorizado catedrático de Derecho Procesal, MONTERO AROCA⁷⁵². Más matizado es este último en su definición, señalando que la prueba como “aquella actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”⁷⁵³. Vemos, sin embargo, en esta definición un marcado carácter procesal donde –por lo general– sugiere la necesaria intervención de un juez. Algo que es habitual encontrar en la más respetada doctrina procesalista, como por ejemplo también sostenía GIMENO SENDRA en su (polémico) voto particular formulado en el marco de la STC de 20 de diciembre de 1990, donde incluso llegó a decir que los actos de investigación efectuados por la Administración en el procedimiento administrativo no tenían naturaleza de auténticos actos de prueba, precisamente por la falta de aquella intermediación procesal⁷⁵⁴. Finalmente, para cerrar esta presentación de la doctrina eminentemente procesalista, pretendo citar la definición proporcionada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO en unos Comentarios a la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, muy en línea de las anteriores, conceptualizando la prueba como “la actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Juzgado o Tribunal, tendente a obtener el convencimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes (...)”⁷⁵⁵.

Desde una perspectiva administrativista cabe destacar a GONZÁLEZ NAVARRO, el cual definía la prueba como aquel “acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que han de ser valorados en el acto terminal”⁷⁵⁶. Una definición un tanto más sencilla, pero con los mismos elementos troncales que las definiciones anteriores. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ, desde un punto de vista procesal, define la prueba como “aquella actividad de instrucción por la que se trata de convencer al órgano judicial de la existencia o inexistencia de los datos que han de servir de fundamento a la decisión del proceso”⁷⁵⁷. Finalmente, FERNÁNDEZ MONTALVO considera

⁷⁵² Cita en el artículo del profesor Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en la obra dirigida por él mismo, *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 23 y 24.

⁷⁵³ Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, pág. 29.

⁷⁵⁴ Véase la cita entera del fragmento que el conocido catedrático de Derecho Procesal formuló en la STC de 20 de diciembre de 1990, núm. 212/1990, Ponente: Jesús Leguina Villa, en el Capítulo de este trabajo dedicado a la ordenación del procedimiento.

⁷⁵⁵ Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Prueba”, en la obra colectiva dirigida por Vicente GIMENO SENDRA, José GARBERÍ LLOBREGAT, Víctor MORENO CATENA y Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *Comentarios a la nueva ley reguladora...*, *op. cit.*, pág. 452.

⁷⁵⁶ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 725.

⁷⁵⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de derecho procesal administrativo*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pág. 323.

que –a pesar de las varias acepciones que la prueba debe tener– se ha de entender como actividad probatoria, aquella “actividad realizada por las partes, y en ocasiones por el Juez, que tiene por objeto lograr el convencimiento psicológico del Juez o Tribunal sobre la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones realizadas por aquellas para la resolución del litigio”⁷⁵⁸.

Sin perjuicio del debate sobre si es el proceso la única sede donde debe nacer la verdadera prueba o no, de las definiciones anteriores podemos observar un elemento neurálgico de la prueba: dicha actividad está encaminada a formar la convicción de la persona que ha de decidir sobre los alegatos de los interesados inmersos en un determinado proceso de toma de decisiones.

B. La prueba como elemento psicológico de la verdad sin llegar (en todo caso) a alcanzarla

Tal y como explica MONTERO AROCA, la idea primitiva de la actividad probatoria consistía precisamente en la averiguación de la verdad como elemento conceptual de la realidad fáctica en un asunto determinado⁷⁵⁹. Pero el exceso de ambición en el planteamiento de lo anterior provocó que rápidamente se renunciara a esta idea⁷⁶⁰. En el momento de la renuncia se optó por acudir a la diferenciación entre la verdad material (la realidad, por tanto, la llamada “verdad verdadera”) y la verdad formal (verdad jurídica, en base a las limitaciones legales que se pone a los jueces para conocer la verdad material). Tras un período de reflexión sobre la absurdidad de la *teoría de la bifurcación de la verdad* se llegó a la conclusión de que, en realidad, solo hay una verdad (CARNELUTTI)⁷⁶¹, pero, aun así, esta distinción sigue teniendo presencia hoy en día en el ámbito judicial y, a juzgar por mi experiencia, la verdad formal es una triste realidad. Sin embargo, esta es una cuestión que no rige en el proceso penal (dirigido a buscar la verdad material), sino que es una característica del proceso civil, tal y como el propio MONTERO AROCA afirma⁷⁶². Es de destacar, del mismo modo, que la Sala contencioso-administrativa de nuestro TS ha venido declarando en tiempos recientes que, a

⁷⁵⁸ Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, “Prueba”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo ESPÍN TEMPLADO, *Comentarios de la ley de la jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 381.

⁷⁵⁹ Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, págs. 23 y 24.

⁷⁶⁰ Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, págs. 24 y 25, apunta que uno se puede percatar de la renuncia a la verdad si acude a varias normas de pensamiento (no exhaustivas) que se desprenden del proceso civil: “a) los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos; b) [l]os hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia; c) [r]especto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora”.

La idea de una actividad probatoria verificadora implica, según el autor, que: no se puede ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos; los elementos sobre los que pivota la decisión son únicamente los que propongan las partes (sin que, por lo general, el juez introduzca elementos nuevos distintos); dicha actividad ha de desarrollarse conforme al procedimiento legal (no hay libertad); y, finalmente, no cualquier actuación verificadora es válida, por lo que no es permitido el sacrificio de los derechos considerados superiores a la misma verdad (prueba ilícita, por ejemplo).

⁷⁶¹ Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, págs. 24.

⁷⁶² Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

diferencia del proceso civil y, tras superar una primera fase de la historia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la actualidad rige la búsqueda de la verdad material⁷⁶³. Es muestra de lo anterior que, por ejemplo, el Juez incluso puede habilitar de oficio el recibimiento del proceso a prueba ante la desidia o renuncia de las partes a solicitarla, e incluso puede “disponer la práctica de cuantas [pruebas] estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto” (art. 61.1 LRJCA)⁷⁶⁴.

Sin que quepa en este momento discurrir sobre las diferentes concepciones que durante la historia jurídico-procesal se han ido perfilando, sí he de mencionar la que posiblemente rige en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo hoy en día, consistente en la prueba como acto de *convencimiento* del juzgador (ya sea juez u órgano instructor administrativo). Es esta la postura que defiende GONZÁLEZ NAVARRO, consistente, por tanto, en “provocar el convencimiento psicológico del órgano decisor”⁷⁶⁵; una postura que, a pesar de acercarse a la verdad formal, no deja de ser un posicionamiento realista. Pese a la buena intencionalidad de las explicaciones del TS y a los parches que la LRJCA intenta poner a esta concepción, no por bien avenidos consiguen garantizar una absoluta verdad material. Una verdad material que, por lo demás, difícilmente se podrá garantizar de forma absoluta a causa de la propia naturaleza de las relaciones humanas, donde es imposible que los implicados en cualquier procedimiento litigioso no muestren solo las cartas que les beneficien y escondan (o traten de hacerlo) aquellas que les perjudiquen.

Pero el convencimiento es fruto de la formación psicológica firme de una idea clara (no necesariamente cierta), lo cual lleva a la obligación de conjugarlo con el elemento de la *certeza* para su entendimiento⁷⁶⁶. Dicho de otro modo, la certeza provoca

⁷⁶³ En este sentido véase las SSTs de 21 de noviembre de 2012 (ROJ 7492/2012), Ponente: Carlos Lesmes Serrano; de 3 de junio de 2013 (ROJ 2979/2013), Ponente: Octavio Juan Herrera Pina; de 23 de julio de 2013 (ROJ 4256/2013), Ponente: Luís María Díez-Picazo Giménez; o de 2 de octubre de 2012 (ROJ 6671/2012), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

⁷⁶⁴ A mayor abundamiento, sobre las potestades probatorias de oficio del juez contencioso-administrativo (a diferencia del civil), dice Javier OLIVÁN DEL CACHO, “El procedimiento contencioso-administrativo ordinario”, en la obra colectiva dirigida por él mismo y por Antonio EZQUERRA HUERVA, *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *op. cit.*, págs. 506 y 507, que presenta una triple dimensión, de modo que el juez administrativo puede “acordar el recibimiento del pleito a prueba, puede decidir la práctica de una prueba no solicitada por las partes y puede, además, acordar la práctica de cualquier diligencia probatoria, aunque haya finalizado el período de proposición de prueba”.

Sobre esta cuestión abunda aún más detalladamente Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, *REDA*, núm. 177, 2016, págs. 144 a 148, a las que me remito. Pero me interesa destacar la idea conforme la cual el autor define a los hechos practicados dentro del proceso contencioso-administrativo con la descriptiva expresión de “la vocación de verdad del procedimiento administrativo”, algo que explica del modo que en el proceso (aunque él, *strictu sensu*, hable de “procedimiento”, se está refiriendo a la jurisdicción) administrativo, “[l]a tendencia a facilitar la búsqueda de la verdad justifica también, quizá, la opción de que la Administración no puede pedir en el proceso el recibimiento a prueba de aquello que no comprobó en su momento con la intención de completar o suplir las insuficiencias probatorias que afecten a su expediente administrativo (...)”.

⁷⁶⁵ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 727.

⁷⁶⁶ Como decía Juan MONTERO AROCA, “Nociones generales sobre la prueba...”, *op. cit.*, pág. 28, renunciando a la idea de la imposibilidad de obtener la verdad metafísica y física, el legislador “reconduce la prueba a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes”.

convencimiento. Sin embargo, no siempre irán de la mano estos dos elementos en la percepción mental del órgano decisor (aunque su decisión parezca que se encamine a ello), debido a que nuestro ordenamiento jurídico prevé, en ocasiones, medios de prueba con valor legal. Es el ejemplo, en el ámbito en el que nos movemos, de los documentos de autoridad (art. 77.5 de la LPAC)⁷⁶⁷. Cuando se trate de algún elemento probatorio de esta tipología, el convencimiento no será una cuestión mental o psicológica del órgano decisor, sino que es una atribución por ministerio de la ley, que el juzgador deberá respetar (a no ser que se acredite lo contrario).

Tampoco de lo anterior se salva el elemento de la verdad formal perseguida por la actividad probatoria, pero lo que se consigue es ajustar el ordenamiento de manera que se atemperen todos los intereses en juego. Es decir, cuando existen presunciones probatorias (los medios de prueba con valor legal) se cederá –en ocasiones– ante la verdad material en beneficio de la formal, pero con ello se alcanzará a reducir el riesgo de desfallecimiento de la seguridad jurídica que el Estado debe preservar (art. 9.3 CE), otorgándose así un valor especial a determinados negocios jurídicos lo suficientemente legítimos (a ojos del legislador) como para conferirles, *ab initio*, un aura de veracidad. Al fin y al cabo, no estaba errado Álvaro D’Ors cuando decía que el Derecho se basa en textos y no en hechos⁷⁶⁸.

2. LA RELACIÓN ENTRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DESPLEGADA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL POSTERIOR PROCESO JUDICIAL

Con la finalidad de allanar el camino a todo lo demás en el tema de la prueba, es necesario aclarar la relación que hay entre procedimiento y proceso. El art. 77.1 de la LPAC señala que, de un lado, que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho”, y de otro lado, en relación con la valoración de la prueba, esta “se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Sobre la base de estas dos ideas, van a orbitar los siguientes subapartados, sin perjuicio de la introducción de algunas ideas conexas no específicamente recogidas en el citado precepto, pero adaptadas al procedimiento.

A. La amplitud técnica de los medios probatorios admitidos por la LPAC a causa de su remisión a la LEC

El hecho de que la LPAC prevea que los hechos pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho no es otra consecuencia que la plasmación del *principio de libertad* en la ley reguladora del procedimiento que, a raíz de su previsión,

⁷⁶⁷ Con la finalidad de facilitar el entendimiento psicológico del lector, procedo a transcribir a continuación lo dispuesto en el art. 77.5 de la LPAC: “[l]os documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

⁷⁶⁸ Álvaro D’Ors, *Ensayos de teoría política*, Eunsa, Pamplona, 1979, págs. 13-32, citándose una obra propia: el artículo titulado “Derecho, Política, Organización, Sociología: un ensayo de ubicación sistemática”, en la obra *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor J. Corts Grau*, Valencia, 1977.

rige sobre la actividad probatoria del mismo, excluyéndose de esta manera solo aquella prueba considerada ilícita⁷⁶⁹. Dicha situación, bajo el punto de vista de GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R. FERNÁNDEZ, provoca la necesidad de acudir a “los principios generales del procedimiento como institución jurídica”, lo que se efectúa mediante el auxilio de los principios positivizados en la regulación procesal⁷⁷⁰. Cuando se habla de “regulación procesal” el lector podría incluso pensar (a pesar de lo dispuesto en el art. 77.1 LPAC) que se trata de la regulación contenida en la LRJCA (y así debería ser), pero dada la también insuficiencia normativa de la citada, lo normal será acudir a la LEC (en virtud del principio de supletoriedad establecido en la Disposición Final Primera de la LEC) a través de un extraño proceso de *doble supletoriedad*⁷⁷¹.

Ahora bien, se ha de tener en consideración que esta afirmación no equivale a una remisión en blanco a la norma procesal, sino que se debe acoger con mucha cautela, para ser ello acorde con las diferencias existentes entre las distintas tipologías de cauces procedimentales⁷⁷². Así se ha encargado de recordarlo claramente LÓPEZ MENUDO, bajo un contundente alegato que merece la pena ser objeto de transcripción:

“Posiblemente ningún jurista formado se crea del todo esa convención que viene circulando desde antaño, como un valor entendido y consolidado –respaldado por las propias leyes

⁷⁶⁹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 88, principio conforme al cual –considera el autor– se entraña la posibilidad de utilizar cualquier sistema de acreditación fáctica siempre y cuando éste no tenga carácter ilícito. Sobre la exclusión de la prueba considerada ilícita (o que vulnere un derecho fundamental), se pronunció tempranamente, entre otras, la STC de 29 de noviembre de 1984, núm. 114/1984, Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Sobre el principio de libertad en los medios de prueba, véase asimismo Dolors CANALS AMETLLER, “La prueba en el procedimiento administrativo”, en la obra colectiva coordinada por Joaquín TORNOS MAS, *Administración pública y procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, págs. 292 y 293, que afirma que en el procedimiento administrativo rige el citado principio, en base a la jurisprudencia del TS que en su sentencia de 21 de marzo de 1985 afirmó que “[l]a limitación de medios de prueba sólo puede seguirse cuando esté así regulado expresamente en una ley”.

⁷⁷⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 498 a 501.

⁷⁷¹ Huelga advertir que no se trata de una doble supletoriedad en sentido estricto (porque la LPAC se “remite” para algunas cuestiones a la LEC), y no de manera clara. Pero dado que la LRJCA es la norma que reina el proceso contencioso-administrativo –tradicionalmente de carácter revisor de lo dispuesto en el procedimiento– podría llegarse a pensar que se trata del espejo adecuado para suplir las carencias de la LPAC.

Sin embargo, tal y como señala Carlos PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso-administrativo”, *REDA*, núm. 163, abril-junio, 2014, pág. 54, “[l]a regulación de la prueba en la LJCA es claramente insuficiente, por lo que, de acuerdo con su Disposición Final Primera, es necesario completarla mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), prevista también en el artículo 4 de ésta, que considera al proceso civil como el proceso común del que son especialidades los demás órdenes procesales”.

⁷⁷² Advertencia que se hizo en la STC de 8 de junio de 1981, núm. 18/1981, Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant, así como explican Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, *loc. cit.*, y como se encarga de recordar el máximo intérprete de la Constitución siempre que puede, como por ejemplo en la STC de 31 de marzo de 2011, núm. 39/2011, Ponente: Javier Delgado Barrio, con la ya célebre cita basada en que “los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto”.

administrativas– según la cual las reglas sobre la prueba del proceso civil son suficientemente válidas para el procedimiento administrativo”⁷⁷³.

En páginas anteriores he pasado de puntillas por esta postura doctrinal, que se podría denominar algo así como el *posicionamiento de restricción probatoria*, explicado por BARRERO RODRÍGUEZ⁷⁷⁴, según el cual, de antaño era una práctica recurrente el recurso a la prueba civil –o más ampliamente dicho, procesal– para solventar lagunas del procedimiento administrativo, ante un problema claro (según los dos últimos autores citados): la tradicional escasez de regulación de la prueba en las leyes procedimentales, bandera que hoy en día sigue enarbolando con apatía la LPAC, que además, en esta materia, no deja de ser una copia casi exacta de su antecesora. Pero la autora explica – con mención a LÓPEZ MENUDO– que las diferencias entre los distintos cauces procedimentales que se reúnen en nuestro ordenamiento jurídico implican que no pueda existir una traslación pura y simple de aquello del proceso judicial civil al ámbito del procedimiento administrativo⁷⁷⁵. Ahora bien, sin perjuicio de deberse ponderar las singularidades propias de la vía administrativa, el principio de libertad que planea sobre la anterior regulación (precisamente por su “no regulación” y con un art. 77.1 que da para mucho) produce un *levantamiento de límites* en esta materia⁷⁷⁶. Un levantamiento

⁷⁷³ Francisco LÓPEZ MENUDO en el Prólogo de la obra de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, loc. cit.

⁷⁷⁴ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las pruebas*, op. cit., pág. 1684 y ss.

⁷⁷⁵ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las pruebas*, loc. cit. Ahora bien, parece más bien que la autora realiza una crítica a la oportunidad perdida que ha supuesto (entre otras) la promulgación de las nuevas leyes que rigen la base del Derecho administrativo español, y, a pesar de prever que en materia probatoria se tenga en consideración las peculiaridades que giran en torno a la vía administrativa, no oculta la resignación a aceptar la realidad de la nueva (pero envejecida) regulación de la LPAC al apuntar que “[l]a Ley de 2015 no ha sido, sin embargo, sensible a esta necesidad”.

⁷⁷⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, op. cit., pág. 528 y 529, hablan sobre esta cuestión en torno a los medios de prueba utilizables, especificando que dicho artículo “no limita en absoluto los medios de prueba utilizables en el procedimiento administrativo”, por cuanto –la ley– prevé la posibilidad de que los hechos se acrediten “por cualquier medio de prueba admisible en derecho”. Incluso llegan a citar los mencionados profesores que la STS de 3 de octubre de 1970, resolución que manifestaba (sobre el artículo equivalente al ahora art. 77.1 LPAC) la admisibilidad en el procedimiento de “cuantos [medios de prueba] se comprenden con carácter general en los artículos 1.214 a 1.253 del Código Civil y 578 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (entonces vigente). Y, por tanto, concluyen, que en cuanto a las pruebas habrá que estar a las normas procesales.

A mayor abundamiento, los autores también citan que el art. 106 de la LGT, que establece para los procedimientos tributarios que “serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba se contienen en el Código Civil y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que a ley establezca otra cosa”.

Lo que se deduce de lo anterior no es sino una normalización de las leyes que, de un modo u otro, regulan procedimientos administrativos, sobre la remisión a las normas del proceso civil con carácter general, todo ello –insisto– sin perjuicio de las especialidades procedimentales oportunas.

Con una similar claridad, y en base a la jurisprudencia, lo manifiesta también María Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, op. cit., pág. 1080, al decir que “aunque los hechos son el objeto de la prueba, se ha venido reconociendo que, tal y como establecen el Código Civil, en general, y la Ley de Enjuiciamiento, en particular, para el proceso que se siga ante el orden jurisdiccional civil, la misma ha de practicarse, también en el procedimiento administrativo, para acreditar no sólo hechos, sino también la costumbre y el derecho extranjero cuando las disposiciones que se invocan no forman parte del ordenamiento jurídico español”.

de límites, que no provoca otra cosa que abrir el procedimiento al quehacer probatorio de las normas procesales. Y es una cuestión pacífica en la doctrina, más que nada en vistas del realismo que sugiere la regulación de la LPAC⁷⁷⁷. Tal y como explica PARADA VÁZQUEZ, la prueba admitida en Derecho es aquella prevista en el Código Civil, así como aquellos medios de prueba recogidos en la LEC u otras normas de carácter procesal, que acaban teniendo un gran peso en la práctica administrativa⁷⁷⁸ y con soporte de nuestra doctrina constitucional⁷⁷⁹.

B. La remisión a la LEC en materia de valoración de la prueba

El art. 77.1 LPAC también hace gala de una amplitud relevante en materia de la valoración de la prueba que se practique en el procedimiento, al remitirse a las reglas contenidas en la LEC. Y digo amplitud porque a falta de reglas, se abre un ancho margen de maniobra. En esta materia el TS lleva tiempo apuntando a la falta de normas sobre valoración probatoria en el proceso civil, destacando solamente que en este terreno – que en la práctica de los procedimientos de responsabilidad patrimonial suele ser muy controvertido– el juzgador debe atender a las *reglas de la sana crítica*⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Me interesa destacar aquí la explicación de Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, págs. 137 y 138, porque es muy descriptiva de cómo la doctrina entiende (por lo general) el primer apartado del art. 77 LPAC. De entrada, el autor rechaza hablar de “remisión” en sentido estricto de la LPAC a las leyes procesales, pero –en línea con todos los demás– seguidamente habla de la *utilización* que suministra la LEC con la finalidad de saber qué medios de prueba podemos utilizar. Sin embargo, lo anterior no deja de ser una utilización supletoria de la LEC, por mucho que pocos se atrevan a reconocerlo abiertamente (sin perjuicio, como en la nota anterior he explicado, de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R. FERNÁNDEZ).

En sentido similar, además de los anteriores autores citados, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, pág. 500; Isabel GALLEGRO CÓRCOLES, *Instrucción del procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, págs. 1317 a 1319; o Ángela MANZANO SALCEDO, *La prueba en el procedimiento...*, *op. cit.*, pág. 9.

⁷⁷⁸ Ramón PARADA VÁZQUEZ, Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, *op. cit.*

⁷⁷⁹ El TC ha formado una consolidada doctrina sobre la aplicabilidad de las garantías de procedimiento contenidas en el artículo 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que se ha ido extendiendo a la resta de procedimientos administrativos (con sus pertinentes adaptaciones a las características de los mismos). Es ejemplo de ello, por todas, la STC de 15 de noviembre de 2006, núm. 316/2006, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, que recordando la doctrina constitucional sobre el tema, sostuvo lo siguiente: “[d]esde la STC 18/1981, de 8 de junio, este Tribunal Constitucional ha venido declarando, no sólo la aplicabilidad de las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que ‘los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado’ (FJ 2), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24 CE, en sus dos apartados, ‘en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución’”; si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino “con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”.

⁷⁸⁰ Véase, por todas, la STS de 6 de abril de 2010 (ROJ 1618/2010), Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

De este modo, la LEC en varios de sus preceptos se refiere a este sistema valorativo, así como por ejemplo en el art. 295 (práctica anticipada de la prueba); art. 316 (valoración del interrogatorio de las partes); art. 326 (cuando no se pudiera deducir la autenticidad de los documentos privados); art. 334 (cuando no se pudiera cotejar con el original una copia reprográfica); art. 348 (valoración del dictamen

Además de la ya perfilada y tradicional posición anterior del TS, también se encargó de recordar este hecho el *Informe sobre el anteproyecto de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas* aprobado por el CGPJ en fecha 5 de marzo de 2015 y la doctrina más reciente⁷⁸¹. Sin embargo, aunque parezca completamente vacío este precepto introducido por la LPAC, sí que nos proporciona la aplicabilidad de un sistema de reglas, desarrolladas tanto por la jurisprudencia civil como por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que es oportuno aplicar en el ámbito procedimental siempre y cuando se salven las diferencias sustanciales y cualitativas que existen.

C. La sana crítica en el procedimiento y su significado en términos de discrecionalidad

Dada la vigencia en el procedimiento administrativo del *sistema de libre valoración de la prueba* (herencia de la legislación procesal) o, dicho de otro modo, las reglas de la sana crítica, apremia averiguar cuál es el significado de la sana crítica entendido por la jurisprudencia, para así tener una visión jurídico-práctica de un concepto no poco controvertido en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Es más, la denuncia de la errónea valoración probatoria es un recurso habitual de quien no ha visto satisfechas sus pretensiones en el procedimiento de responsabilidad patrimonial (vía irregularidades de tramitación causantes de indefensión) siendo que en este ámbito, requisitos indispensables como la relación de causalidad, a veces se trazan o se difuminan solo a raíz del tipo de valoración que se dé a determinadas pruebas, ya que en la mayoría de ocasiones no nos encontraremos ante una acreditación clara e indubitable.

En cuanto a la obligación de valorar la prueba conforme a la sana crítica, la amplitud del concepto conlleva, de un lado, un positivo margen para el órgano instructor o juzgador, pero un riesgo para los intereses del presunto lesionado (peligro de incurrir

pericial); art. 376 (valoración de las declaraciones de testigos); art. 382 (valoración de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes); art. 384 (valoración de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso), etc.

⁷⁸¹ Así, el citado informe estableció (en relación con el art. 77.1 LPAC) que “la LEC no contiene un sistema de valoración de la prueba legal o tasado, sino que establece las reglas que determinan la eficacia probatoria de determinados medios de prueba, bajo el criterio general de la valoración conjunta de la prueba, al cual debe considerarse efectuada la remisión que al respecto lleva a cabo el precepto del texto de reforma”.

En un sentido idéntico, María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 27.

Es de destacar que la anterior remisión ha recibido alguna que otra crítica, como por ejemplo la formulada por José María GRAU SEGURA, “Novedades introducidas en las Leyes 39 y 40/2015 en el ámbito sancionador”, *Revista de Jurisprudencia, El Derecho*, núm. 1, de 1 de marzo de 2016, pág. 8. El autor señala la generosa previsión de las reglas de valoración por cuanto esta solo debería reconocerse a los Jueces y Tribunales por la independencia e imparcialidad que les atañe. No suscribo, sin embargo, estas palabras ya que, de acuerdo con la vocación de completitud probatoria del procedimiento administrativo, y conforme a que la Administración es, al mismo tiempo que parte, juez, debe tener unas herramientas suficientemente legitimadas (legalmente) como para desarrollar completamente la función de decidir. Teniéndose en cuenta, además, que los órganos jurisdiccionales no están vinculados a la valoración hecha por la Administración, como se verá en las páginas siguientes.

en arbitrariedad). Conceptos jurídicos indeterminados como “libre valoración”, “sana crítica”, “lógica” o “razonabilidad” en la apreciación probatoria que se suelen encontrar con frecuencia en las decisiones judiciales son muestra de que, a la postre, no se trata si no de un ejercicio de convicción (o autoconvicción) del órgano decisor. Cuando hay libre valoración, según la regla general estipulada, el juzgador “ejercita la actividad intelectual de valoración, con la que mide la fuerza de convicción de la actividad probatoria desarrollada en el proceso”⁷⁸². O, dicho de otro modo, en palabras de nuestro TS, este sistema “no supone otra cosa que la necesidad de que las pruebas se valoren en armonía con el entendimiento humano”⁷⁸³.

Lo anterior se traduce –conforme a la doctrina de la Sala Civil del TS– en una admisión de un amplio margen de discrecionalidad que tiene el juzgador (STS de 16 de diciembre de 2009⁷⁸⁴), dada la inexistencia de reglas catalogadas o predeterminadas de lógica o de sana crítica (STS de 27 de mayo de 2015⁷⁸⁵). Estos criterios, si bien suelen ser utilizados en correspondencia con la valoración de la prueba pericial, pueden conformar una suerte de regla general (sin perjuicio de las especialidades valorativas allí donde se prevean) que rija en todos los casos. Ahora bien, esta discrecionalidad no es absoluta, sino que encuentra ciertos límites que se pueden dividir en dos: relativos a la lógica (*iusfilosóficos*); o de la prueba cuyo valor se encuentra predeterminado –que en ocasiones sí existe– (prueba tasada); siendo este último el límite en sentido estricto, porque el primero forma parte de esa potestad discrecional y solo tiene por objeto que no sea rebasada.

a) El exceso de discrecionalidad: la valoración arbitraria de la prueba

En relación con la primera de las apuntadas cuestiones, he de especificar que la jurisprudencia se refiere a la causa como aquella susceptible de ser objeto de revisión en un hipotético recurso de casación o de apelación y no siendo otra que la llamada *valoración arbitraria de la prueba*. Ahora bien, he de matizar que la doctrina jurisprudencial suele recordar, de entrada, que la valoración de la prueba no puede ser objeto de recurso (de casación o apelación), porque –en base al principio de inmediación– dicha valoración les corresponde a los tribunales de instancia, por encontrarse en mejores condiciones para realizarla y haber conocido de primera mano las circunstancias fácticas del caso. Pero ello no es óbice para admitir –y aquí viene el *quid* de la cuestión– la revisión de una apreciación probatoria incurrida en arbitrariedad, o, dicho de otro modo, aquella valoración irrazonable o que conduzca a resultados inverosímiles. Aunque ello no significa, en puridad, revisar las normas sobre valoración,

⁷⁸² Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Prueba”, *op. cit.*, pág. 460. Esto supone, según el autor, que este sistema, como bien indica su nombre, “deja libertad valorativa al juez”.

⁷⁸³ STS de 28 de mayo de 2018 (ROJ 1967/2018), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

⁷⁸⁴ STS, Sala Primera, de 16 de diciembre de 2009 (ROJ 8154/2009), Ponente: Encarnación Roca Trias; o recordando esta doctrina, la sentencia de la misma Sala, de 10 de abril de 2015 (ROJ 1404/2015), Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

⁷⁸⁵ STS, Sala Primera, de 27 de mayo de 2015 (ROJ 2214/2015), Ponente: Antonio Salas Carceller; o, entre muchas otras, la sentencia de la misma Sala, de 5 de julio de 2016 (ROJ 3214/2016), Ponente: Pedro José Vela Torres.

sino más bien la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente del derecho a la prueba⁷⁸⁶. Esta constituye la llamada vía del *error in iudicando*.

Pero con la finalidad de hallar lo “irrazonable” (arbitrario) es conveniente determinar qué se entiende por razonabilidad o por un juicio razonable. En este supuesto lo habitual es acudir a las *máximas de experiencia*, que según STEIN “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁷⁸⁷, definición doctrinal que la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales ha dado por buena en numerosas de sus resoluciones⁷⁸⁸. Ahora bien, para apreciar una supuesta arbitrariedad la jurisprudencia es extremadamente exigente, cuestión que hace que la valoración de la prueba deba revestirse de una incoherencia flagrante para ser estimada como tal; hecho que provoca además que la apreciación de valoraciones arbitrarias (en sede judicial) se vea en escasas ocasiones. De hecho, resulta muy importante no confundir arbitrariedad con *la valoración de la prueba de forma distinta a como lo haría el interesado* (valoración subjetiva) ya que este supuesto es el que ha detectado la jurisprudencia con más frecuencia cuando se alega una supuesta arbitrariedad valorativa de la prueba⁷⁸⁹. De este modo, y a título ejemplificativo, ante una encrucijada consistente en elegir entre dos pruebas periciales que dicen una cosa y la contraria – algo frecuente en los litigios sobre responsabilidad patrimonial– la sana crítica enaltece su presencia. Como muestra de un correcto uso de la misma cabe destacar, por su claridad, la STSJ de las Islas Baleares de 29 de septiembre de 2016, que se sirvió de dos lúcidos parámetros lógicos para decantar la balanza hacia uno de los informes (y así descartar arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba pericial que realizó el juzgador de primera instancia): de un lado, la titulación más específica de uno de los peritos sobre el objeto de la valoración; y de otro lado, la mayor minuciosidad, detalle y razonabilidad de las objeciones aportadas por el mismo (en comparación con el otro)⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ Véase a modo de ejemplo de la citada doctrina, entre otras, la STS de 24 de abril de 2018 (ROJ 1546/2018), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

⁷⁸⁷ Cita que realiza María Lourdes NOYA FERREIRO, “La valoración de la prueba”, en la obra colectiva coordinada por María Isabel GONZÁLEZ CANO y María Isabel ROMERO PRADAS, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., consulta electrónica.

⁷⁸⁸ Véase a modo de ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2016 (ROJ 1345/2016), Ponente: María Prendes Valle, que utilizándose de varias citas a decisiones del TS sostiene que “[l]as máximas de experiencia se identifican como aquellas definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. O bien, como los conceptos o juicios de valor sobre hechos e incluso conceptos dependientes de un saber especializado, en suma, traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*”.

⁷⁸⁹ Esta cuestión la ha puesto de manifiesto entre muchas otras, la STS de 28 de mayo de 2018 (ROJ 1967/2018), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; o la STS de 24 de abril de 2018 (ROJ 1545/2018), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

⁷⁹⁰ STSJ de las Islas Baleares de 29 de septiembre de 2016 (ROJ 762/2016), Ponente: María Carmen Frigola Castellón. Para mayor abundamiento, el tribunal enjuiciaba una demanda de responsabilidad patrimonial por el resultado de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital Virgen de la Salud de

Del simple ejemplo anterior (y así muchos) se puede deducir una conclusión consistente en que en aquellos casos donde se encuentre una motivación mínimamente seria o detallada, revestida de una apariencia de credibilidad (*p. ej.*, titulación específica), del análisis jurisprudencial se desprende ya un *indicio de rigor* en la lógica utilizada por el órgano decisor o incluso, por la persona encargada de dar una visión especializada de un determinado asunto (el perito).

Y lo más importante: cuando nos hallemos ante ese indicio de rigor (formado a base de serios parámetros de razonabilidad), será muy complicado o casi imposible defender una incursión en el campo de la arbitrariedad por parte del órgano decisor. Aprovecho este lindar para realizar una reflexión a partir de lo anterior. No está de más recordar que las pruebas, al fin y al cabo, deben valorarse en función de las circunstancias de cada caso concreto, aunque, tal y como expone, entre otras, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2017, “[t]ambién es cierto que una vez que se produce, por desgracia, un daño o perjuicio, no es difícil dar una explicación de lo que se debería haber hecho en cada momento”⁷⁹¹. Sin embargo, y siguiendo el hilo de esta sentencia, como una muestra más de lo abstracto del mundo de la responsabilidad patrimonial—por su homogeneidad— existen ámbitos —como por ejemplo la medicina— que por su propia naturaleza (inexacta, incompleta), no siempre que se actúa conforme las normas de la ciencia se consigue el fin perseguido. En el ejemplo citado, la curación del paciente. Y ello, por tanto, representa una idea conforme a la cual una vez probada determinada cuestión, entra en juego el campo jurídico-interpretativo, a efectos del discernimiento de la existencia de determinadas cuestiones valorativas: la existencia de antijuridicidad en el daño; la presencia de relación de causalidad, etc. Es en este momento cuanto

Palma, consistente en una reducción de senos. Sin perjuicio de que la intervención se desarrolló sin incidencia alguna, tras un tiempo las heridas provocadas en los senos de la reclamante cicatrizaron de forma hipertrófica y además se produjo una asimetría mamaria.

Así, para valorar médicamente la situación expuesta la actora se intentó valer de una pericial que el Juzgado *a quo* valoró negativamente —de inicio— por la cualificación de la perito, tratándose de una “estomatóloga especialista en daño corporal”, frente a la —lógica— pericial de la aseguradora, suscrita por “médico especialista en cirugía plástica”; siendo esta última la prueba razonablemente vinculada al objeto del asunto sobre el que informaba, y así lo consideró el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palma y luego el TSJ de las Islas Baleares en la citada sentencia.

De este modo, la sentencia, tras destacar la excelente motivación lógica de la segunda pericial relativa a que el problema estético en los senos se debía a una cuestión genética (habiéndosele resuelto favorablemente la cuestión médica que justificó la necesidad de la intervención), expresó además tajantemente que “[c]oncordamos con la Juez a quo que los conocimientos y experiencia de quien a diario se enfrenta con la cirugía plástica y reparadora, tiene mayor relevancia y peso que el de quien posee la especialidad de estomatología, que es una ciencia de la salud que se encarga del diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades del aparato estomatológico o sea, dientes, encías, lengua, el paladar, la mucosa oral, las glándulas salivales y otras estructuras anatómicas implicadas como labios, amígdalas, orofaringe y la articulación temporomandibular y ese es su campo de trabajo habitual. No negamos que la condición de doctora de la Sra. Tarsila pueda abarcar también conocimientos de cirugía estética, pero desde luego prevalecen los que posee un especialista cirujano plástico y reparador, por su propia condición de experto en la materia”.

⁷⁹¹ SSTSJ de Cataluña de 26 de junio de 2017 (ROJ 9517/2017); de 25 de octubre de 2017 (ROJ 11960/2017); o de 9 de octubre de 2017 (ROJ 11935/2017), habiendo sido Ponente de todas ellas María Abelleira Rodríguez.

interviene, de modo determinante (y no sin riesgo de equívoco por parte del órgano decisor), la regla de la sana crítica⁷⁹².

b) La prueba tasada como límite insuperable en la libre valoración

En relación con el segundo de los límites a la sana crítica –límite, éste, en sentido estricto–, encontramos la prueba tasada. En este supuesto “el órgano decisor resulta vinculado por la fuerza probatoria que para cada medio dispone la norma jurídica”⁷⁹³ y tal vinculación juega el papel de excepción (legal) a la libre apreciación de la prueba que se ha implantado como sistema general por la LEC. Sin que quepa deambular mucho sobre esta cuestión, por no ser objeto de este trabajo el tratamiento de los medios de prueba en detalle, cabe citar –siguiendo a BARRERO RODRÍGUEZ⁷⁹⁴– que tienen el carácter de prueba tasada (por lo general), en primer lugar, el reconocimiento de hechos del interesado y, en segundo lugar, determinada prueba documental cuando así lo prevea la ley.

En cuanto al primero, no es más que la traslación al procedimiento administrativo de lo dispuesto en el art. 316.1 de la LEC: “si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la Sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”⁷⁹⁵. Esta situación implica, en mi opinión, que esta regla no

⁷⁹² Cabe transcribir aquí la lúcida reflexión que la Ponente realiza en las sentencias citadas en la nota anterior: “[e]s bien sabido que las pruebas periciales y también las declaraciones de especialistas llamados al proceso, están dedicadas a complementar los conocimientos del Juez o Tribunal, en el momento de adoptar una decisión cuyos fundamentos o contenidos técnicos, hagan necesaria la ayuda de un experto en cada una de las materias científicas que puedan presentarse. En lo que refiere a la medicina, ciencia inexacta e incompleta, entre otras cosas por la propia naturaleza del ser humano, no siempre que se aplica la denominada ‘lex artis’ o la totalidad de los conocimientos científicos, o los medios necesarios, se consigue sanar al paciente. Ahora bien, dichas pruebas periciales como unas pruebas más deben ser valoradas en función de las circunstancias que concurren en cada caso. También es cierto que una vez que se produce, por desgracia, un daño o perjuicio, no es difícil dar una explicación de lo que se debería haber hecho en cada momento. En las controversias jurídicas, donde aparece un presupuesto fáctico con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintas opiniones de especialistas médicos, es cuando la función interpretativa se pone a prueba, con el fin de discernir la posible existencia de los requisitos de la relación de causalidad. Ello resulta complicado cuando dichos dictámenes llegan a conclusiones contradictorias”.

⁷⁹³ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1704 a 1711.

⁷⁹⁴ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *loc. cit.*

⁷⁹⁵ Sin embargo, no todo parece ser trasladable al procedimiento administrativo en opinión de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *loc. cit.*, ya que la respuesta que da la LEC (arts. 304 y 307), a la no comparecencia del obligado o de su negativa a declarar, es que el órgano jurisdiccional “puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellas personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte”. Dicha admisión tácita de los hechos no puede ser entendida en el procedimiento administrativo, y la autora incide en que dicha afirmación tiene más fuerza en los procedimientos sancionadores (por las garantías relativas que frente al *ius puniendi* del Estado otorga dicho procedimiento).

Sin embargo, considero que sí tendría cabida dicho efecto en el procedimiento de responsabilidad patrimonial ya que, a diferencia del sancionador, se trata de un procedimiento susceptible de generar un beneficio al interesado (el reconocimiento de una indemnización, una reparación, etc.) y la falta de comparecencia injustificada o la negativa a informar sobre determinadas cuestiones nucleares sobre el

solo incida en la esfera del interesado, sino también en la esfera de la propia Administración. Por decirlo de otra forma, en el momento en el que algún agente administrativo pone de manifiesto por cualquier medio un determinado hecho que (de cara al cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial) va en contra de los intereses de la Administración, esta deberá tener en cuenta en su decisión aquella situación fáctica considerándola como cierta, a no ser que del conjunto de la actividad probatoria se consiga desvirtuar⁷⁹⁶.

Y en cuanto al segundo, más allá de las especificidades contenidas en el art. 77.4 y 77.5 de la LPAC sobre los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes (en los procedimientos sancionadores) y la presunción de validez de los documentos formalizados por autoridades –cuestiones que trataré más adelante–, la derivación del art. 77.1 LPAC a los criterios de valoración establecidos en la LEC implica el reconocimiento de la eficacia probatoria privilegiada de varios tipos de documentos públicos recogidos en el art. 317 de la LEC (entre otros, los notariales, los judiciales y administrativos que cumplan los requisitos dispuestos)⁷⁹⁷.

Sin embargo, la sombra de la legalidad no produce un otorgamiento de una fuerza absoluta en el sentido de que el órgano juzgador no pueda desmarcarse de aquello. La veracidad intrínseca de los hechos en el documento contenidos puede ser desvirtuada –principalmente– de dos maneras: a) por prueba en contrario (entendiéndose como una prueba directa contra aquella prueba tasada); o b) cuando a raíz de la valoración global del conjunto probatorio de un asunto determinado se observe que aquella (la tasada

tema puede entenderse como una cierta desidia en el interesado para conseguir sus finalidades. Y lo dicho sería válido tanto en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio como en aquel iniciado por reclamación.

⁷⁹⁶ Prueba de ello es la decisión de la STS de 5 de diciembre de 2016 (ROJ 5317/2016), Ponente: José María del Riego Valledor, –aunque no en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, sino de las subvenciones– en la que se da una discusión sobre la cuantía de una subvención. La parte demandante reclamaba una cuantía bastante superior a la que reconocía la Administración. Sin embargo, en uno de los documentos que se hallaban en el expediente administrativo se constató el reconocimiento expreso por parte de la Comunidad de Madrid de la cuantía que efectivamente solicitaba la empresa demandante, lo cual provocó que el TSJ de Madrid apreciara la existencia de un reconocimiento expreso por parte de la Administración del derecho de la demandante a percibir la subvención en el importe reclamado.

⁷⁹⁷ Sobre dicho extremo sostiene la profesora Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *loc. cit.*, que esta práctica ya se realizaba ante el silencio de la LRJPAC en base al propio valor y alcance de la fe pública judicial pero ahora se convierte en indiscutible debido al reconocimiento claro de la LPAC.

A mayor abundamiento, y con el objeto de facilitar el entendimiento de la cuestión, cabe citar aquí los documentos públicos que considera el art. 317 de la LEC, y son los siguientes: “1) las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia; 2) los autorizados por notario con arreglo a derecho; 3) los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho; 4) las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; 5) los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; y 6) los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

con un valor legal) no reviste las cualidades que vienen exigidas legalmente (veracidad)⁷⁹⁸⁷⁹⁹.

Pero la falta de veracidad absoluta, en la práctica, no ha conseguido despertar el interés de la Administración en apuntalar mediante otros medios probatorios el contenido que la prueba tasada le otorga a determinados medios. La creencia más habitual suele ser la de que solo una prueba muy trascendente puede llegar a destruir una presunción legal probatoria, hecho que provoca la relajación de la instrucción probatoria. Esta idea ha provocado que algún autor llamara al “cambio de mentalidad” por parte de las direcciones letradas de la Administración, con la finalidad de fomentar la atención de estas por el asunto mencionado⁸⁰⁰, lo que, en cualquier caso, debería ser objeto, al menos, de reflexión.

⁷⁹⁸ La no superioridad de este tipo de pruebas tasadas o legales en nuestro ordenamiento jurídico administrativo la explica de manera detallada la STS de 10 de junio de 2003 (ROJ 4017/2003), Ponente: Francisco González Navarro, a partir de la doctrina jurisprudencial que sobre el tema el tribunal se encargó de establecer.

⁷⁹⁹ Por lo demás, se ha de decir que tanto el TC como el TS permiten con amplios márgenes la valoración conjunta del material probatorio, siendo este un tema íntimamente vinculado con la motivación de las resoluciones (administrativas o judiciales). Y, dado que no es preciso deambular en exceso sobre este tema –más allá de remarcarlo– cabe citar la didáctica STS de 20 de febrero de 2015 (ROJ 531/2015), Ponente: Margarita Robles Fernández, en la que explica con detalle en qué consiste la citada doctrina de la valoración conjunta (con recordatorio de jurisprudencia), de la que cabe transcribir el siguiente párrafo: “[d]ebe recordarse que el Tribunal debe proceder a una valoración conjunta de la prueba, y tal y como señala el Tribunal Constitucional (Auto TC 307/1985, de 8 de mayo) y ha reiterado este Tribunal Supremo (STS, Sala Tercera, Sección 6ª, de 29 de abril de 2013, rec. 127/2012) ‘la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas. De modo que la falta de mención explícita de un determinado medio de prueba no es por sí suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación’.

Lo que se desprende, pues, de lo anterior, es que, para una motivación adecuada, no está obligado el órgano decisor a valorar todas y cada una de las pruebas y/o alegaciones, a no ser que se trate de una alegación fundamental para el caso (STS de 24 de septiembre de 2012, ROJ 6032/2012, Ponente: Enrique Lecumberri Martí), siendo suficiente con realizar una valoración global del asunto. Pero en realidad, de lo anterior se observa que dicha valoración conjunta puede tener dos acepciones, una, la presentada (en la vertiente de la motivación); y dos, por bien que conectada, la relativa a la valoración. Si bien es una solución bien intencionada la de la valoración conjunta, y en muchos casos será un beneficio su utilización, también tiene un riesgo (que lamentablemente se materializa más de lo que debería): la arbitrariedad disfrazada bajo una valoración global. En mi opinión, esta es una práctica bastante recurrente tanto en las valoraciones (que se percibe a través de la motivación) realizadas en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial. A no ser que esa valoración conjunta legítima se demuestre, a su vez, del hilo argumental (supuesto en el que nos encontraríamos ante una buena valoración realizada de forma global), lo demás (cuestión presente en muchas resoluciones administrativas y judiciales) pecará de una motivación tan desnutrida (pese a poder ser prolija) que debería provocar la mayor contundencia de los juzgados y tribunales en la exigencia sobre ello. Véase, a mayor abundamiento, el siguiente capítulo relativo a la terminación del procedimiento.

⁸⁰⁰ Situación manifestada por José María MOLTÓ DARNER, “La prueba pericial en lo contencioso-administrativo”, en la obra colectiva coordinada por María Jesús MONTORO CHINER, *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pág. 414: “ciertamente, otra forma de actuar, en la que la Administración partiera del supuesto de que debe también probar la validez de su actuación ante la jurisdicción, requiere un cambio radical de mentalidades e incluso podría llevar a someter a revisión el aludido principio de la presunción de validez del acto”.

c) *Las reglas de valoración de los hechos declarados probados en resoluciones judiciales*

Si determinados medios de prueba se abren camino con suma facilidad en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, estos son los hechos declarados probados (o, a *sensu contrario*, no probados) en las resoluciones judiciales que previamente habrán conocido del asunto. Los hechos causantes de un evento dañoso que dan lugar a una reclamación de responsabilidad patrimonial pueden haber sido objeto de enjuiciamiento anterior en un proceso judicial previo. La causa de prejudicialidad más habitual, sin perjuicio de otras posibilidades, es que se hayan practicado diligencias penales previas que hubieran dado lugar a una resolución con una descripción de hechos probados y dejados de probar en el marco de aquel proceso⁸⁰¹. Ahora bien, por las circunstancias del evento dañoso –entendido desde el punto de vista de la diversidad existente–, es posible que la vía administrativa de reclamación de responsabilidad (y posterior judicial) se vea ilustrada por resoluciones de cualquier orden jurisdiccional.

Sin embargo, esta realidad cotidiana no tiene su traslación en la LPAC, que carece de norma de conducta alguna en la valoración administrativa de las resoluciones judiciales, o incluso de las diligencias practicadas en el marco de las mismas⁸⁰². Solamente el art. 77.4 LPAC se preocupa de destacar, para los procedimientos de carácter sancionador, que “los hechos declarados probados por *resoluciones judiciales penales firmes* vincularán a las Administraciones Públicas respecto a los procedimientos sancionadores que substancien”. Por tanto, los hechos declarados probados en resoluciones penales serán indiscutibles para el instructor del procedimiento de carácter sancionador. No así en el marco de los demás procedimientos, y, por tanto, tampoco en el que nos movemos. Sin embargo, la preocupación legislativa que se tiene en el ámbito sancionador no se traslada también al de responsabilidad patrimonial, aunque, en mi opinión, la *relevancia de los hechos enjuiciados penalmente* puede asimilarse tanto en un procedimiento sancionador como en uno de responsabilidad patrimonial. Si bien la justificación del interés penal y sancionador se explica por la coincidencia conductual que pueda existir entre las infracciones administrativas y las criminales, del mismo modo coincidirán los eventos dañosos que pudieran dar lugar al *interés jurídico-penal* del

Y es meridianamente cierta esta afirmación en tanto en cuanto de la práctica procesal se desprende que la Administración (incluso en supuestos donde no se aplica dicha presunción de veracidad) espera a que se le dé por buena sin practicar ninguna otra diligencia para fortificar su posicionamiento, así como sucede en la sentencia citada en la nota anterior, donde el tribunal llamó la atención a la letrada del Hospital sobre su pasiva actuación, apeándole que “se limita a decir que ‘tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas’, absteniéndose, sin embargo, de pronunciarse sobre el problema de su eficacia probatoria”.

⁸⁰¹ Sobre la frecuencia de la valoración probatoria “prejudicial” penal de los hechos que luego se discuten en el procedimiento de responsabilidad patrimonial véase Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *loc. cit.*

⁸⁰² Véase la crítica de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1704 a 1711, relacionada con la carencia de una regla general sobre este aspecto.

Estado con los que pudieran dar lugar al interés de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos⁸⁰³.

Ante este panorama, cabe observar la fuerza probatoria que la jurisprudencia otorga a las resoluciones procedentes de otros órdenes jurisdiccionales, y, en especial, la penal. De esta manera, la dirección en la que suele apuntar la jurisprudencia, con carácter general, conduce a la obligatoriedad de asunción de lo declarado por las resoluciones judiciales anteriores. La justificación de esta asunción de hechos declarados probados por otros órganos jurisdiccionales se explica acudiendo a la doctrina del TC sobre el tema. En aquel momento en el que aparezca una dualidad de procedimientos por los mismos hechos, no resulta admisible, según el TC, que estos “puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado”⁸⁰⁴. Pero el máximo intérprete de la Constitución también ha tenido ocasión de matizar que la idea anterior no ha de conllevar una aceptación mecánica de los hechos declarados probados en otra jurisdicción. Esta enmienda se habilita a través de un *incremento de exigibilidad de la motivación* en aquel momento en el que un juez considere que ha de apartarse de lo declarado probado por otro juez (STC de 15 de junio de 2009)⁸⁰⁵. Por tanto, *a sensu contrario*, el hecho de validar, sin más, lo probado o dejado de probar en resolución judicial anterior, puede conllevar –según las circunstancias casuísticas– la ruptura del derecho a la tutela judicial efectiva ante una parca justificación.

⁸⁰³ Del mismo modo en el que el instituto de responsabilidad patrimonial exige una lesión, también la exige el ámbito penal (que se lesione un bien jurídico protegido); así como la existencia de una relación de causalidad entre el autor del evento dañoso y la lesión; o la existencia de culpabilidad (que, como es bien sabido, la obetivización de la responsabilidad patrimonial es un hecho indiscutible).

⁸⁰⁴ STC de 3 de octubre de 1983, núm. 77/1983, Ponente: Luis Díez-Picazo.

Esta doctrina ha sido, por lo general acogida por el TS, de conformidad con lo que apunta María Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1084. La autora, tras apuntar esta postura del TS, deduce que la jurisdicción penal goza de una especie de *prevalencia* cuando ha de investigar la existencia o inexistencia de hechos con trascendencia criminal y su autoría.

⁸⁰⁵ Entre otras, véase la STC de 15 de junio de 2009, núm. 139/2009. El caso del que conocía el Tribunal es merecedor de ser resaltado. El demandante en amparo, mientras prestaba el servicio militar obligatorio (en el año 1995), sufrió una caída durante los cursos de esquí, con padecimiento de diversas lesiones crónicas e irreversibles. En un primer momento, acudió para reclamar dichos daños a la jurisdicción militar, que tras agotar toda la vía de recursos concluyó por sentencia de la Sala Quinta del TS que “de la abundante prueba practicada se desprende claramente la falta de relación de causalidad entre el comportamiento de [los mandos] denunciados y las lesiones sufridas por el denunciante”. Entretanto se seguía la vía militar, el recurrente presentó también reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración por los mismos daños, que fue desestimada tanto en vía administrativa como en vía judicial, finalizando el proceso contencioso-administrativo –antes de interponerse el recurso de amparo– por resolución de la AN por la que, remitiéndose a los hechos probados de las resoluciones de la jurisdicción militar, declaró la falta de relación de causalidad. Sin embargo, de forma previa la AN había admitido varias pruebas nuevas que el recurrente había solicitado, sin ni si quiera tenerlas en consideración en la resolución de la sentencia, hecho por el que, el reclamante acudió en amparo al TC.

Así, el TC recordó que a pesar de la interpretación del mismo de que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los diferentes órganos jurisdiccionales, sentó la no automaticidad de esta doctrina, y apuntando que en aquel momento en el que “un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio”. El déficit de motivación provocó que el TC observase la vulneración del art. 24.1 de la CE, ya que la AN no valoró los hechos a pesar de haberse admitido y practicado determinadas pruebas periciales nuevas en el orden contencioso-administrativo.

Lo anterior es fundamental, pero al margen de ello, la práctica judicial nos enseña que los juzgados y tribunales, con el TS a la cabeza, suelen reconocer la imperatividad de atenerse a lo probado en resoluciones judiciales previas sin demasiados matices. Por un lado, como es natural, la causa de ello es explicada, en muchas ocasiones, por la falta de aportación de pruebas nuevas o diferentes a las utilizadas en un proceso anterior por parte de los reclamantes. Ahora bien, por otro lado, la legítima confianza que la CE otorga al ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) conlleva que la jurisprudencia asuma con naturalidad la vinculación a la declaración de hechos probados en otro proceso judicial anterior (art. 118 CE). De este modo lo recuerda, entre otras, la STS de 21 de febrero de 2012, que, siguiendo además la doctrina constitucional, subraya que “la decisión del proceso posterior que enjuicia una situación que guarda una estrecha conexión con otra ya enjuiciada en sentencia firme, debe respetar los hechos que esta consideró acreditados, aunque no concurren las identidades precisas para apreciar el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material”⁸⁰⁶⁸⁰⁷.

Ahora bien, el TS, al igual que ya hiciera el TC en su momento, también ha matizado su criterio. Es el ejemplo de la STS de 18 de diciembre de 2017⁸⁰⁸, con referencia concreta al proceso penal. La idea principal que nos traslada esta sentencia es que no se ha de desconocer que también entre la acción ejercitada en el proceso penal y el de responsabilidad patrimonial existen diferencias relevantes que han de tenerse en cuenta a la hora de matizar aquella *vinculación*. Concretamente, se refiere a que la responsabilidad patrimonial de la Administración es de carácter directo y objetivo (art. 32 LRJSP), diferente, pues, a la responsabilidad penal (o incluso la civil *ex delicto*), que es subjetiva (art. 10 CP). Además, el esfuerzo probatorio de quien analiza la incriminación de la “conducta” de un determinado sujeto (para determinar, por ejemplo, la existencia o no de un delito de lesiones por imprudencia) es inferior –o centrado en otro objetivo (diferente)– a aquel que se daría en el análisis del funcionamiento de un servicio público (la responsabilidad patrimonial sanitaria). Esta idea corresponde al hecho de que, en muchas ocasiones –como sucede en la STS citada– el orden penal observa la aplicación *in dubio pro reo* para absolver y, consecuentemente, su procedimiento probatorio tiende a destacar por la presencia de *expresiones de falta*

⁸⁰⁶ STS de 12 de febrero de 2012 (ROJ 2065/2012), Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

⁸⁰⁷ Otras resoluciones en las que se da por válido lo probado en otros órdenes jurisdiccionales son, *ad exemplum*, la STS de 17 de junio de 2011 (ROJ 4227/2011), Ponente: Celsa Pico Lorenzo (en la que se asumió por la jurisdicción contencioso-administrativa lo probado en sentencia penal, que el reclamante circulaba a una velocidad inadecuada, atribuyéndosele así una culpa en exclusividad con respecto al daño que sufrió); la SAN de 10 de enero de 2018 (ROJ 86/2018), Ponente: Alicia Sánchez Cordero (en relación con las actuaciones penales previas); la STSJ del País Vasco de 19 de diciembre de 2017 (ROJ 4226/2017), Ponente: Trinidad Cuesta Campuzano (sobre la prueba proveniente de sentencia del orden jurisdiccional social); o la SAN de 14 de febrero de 2006 (ROJ 1015/2006), Ponente: José Luis Terrero Chacón (que conocía de una demanda de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, dio por buenas las pruebas testificales practicadas en un procedimiento civil anterior para estimar la reclamación de un músico que se cayó en la escalera de acceso al escenario del Auditorio Nacional).

⁸⁰⁸ STS de 18 de diciembre de 2017 (ROJ 4561/2017), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. En sentido similar, aunque en otro ámbito del derecho administrativo, véase la STS de 10 de abril de 2015 (ROJ 1488/2015), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

de constancia y de acreditación (así como “no se podía decir”, “no consta” o “sin que se haya podido acreditar”) que motivan un pronunciamiento sobre la falta de responsabilidad penal del acusado⁸⁰⁹. En cambio, como se verá, la prueba en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene un carácter más favorable para el reclamante, que, a pesar de corresponderle la carga probatoria, los mecanismos de inversión son más flexibles ante aquellos hechos *inexplicables*.

Lo anterior explica que la incidencia de las resoluciones judiciales en el entorno del valor probatorio de los elementos fácticos tiene una fuerza relevante; relevancia cuya apreciación está muy presente en la práctica procedimental y procesal cotidiana⁸¹⁰. Sin embargo, el establecimiento de esa regla general no implica la automaticidad de la misma, siendo que, en muchas ocasiones, las circunstancias de un asunto concreto obligarán al órgano decisor a valorar la prueba desde la vertiente administrativista (más aún cuando se haya admitido y practicado en este ámbito), y teniendo en cuenta aquellos elementos que en otras jurisdicciones puede que no se valoren o se haga de forma diferente, pero sí tengan relevancia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (art. 106.2 CE).

d) La presunción de veracidad de los documentos administrativos

Mención específica merece el análisis del valor probatorio de los documentos públicos, que a *grosso modo* son aquellos que dimanar de la Administración y que son emitidos por funcionarios. La LEC, en su art. 317 recoge que a efectos del proceso judicial, efectos que se extienden también a la vía administrativa⁸¹¹, se considerarán *documentos públicos* los siguientes: en primer lugar, aquellos que sean expedidos “por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones” (*p. ej.*, funcionarios con habilitación nacional); y, en segundo lugar, los que “con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios

⁸⁰⁹ Sobre esta idea, Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *loc. cit.*, destaca que “[e]s del todo lógico que la absolución penal por entender que los hechos no han quedado probados no vincule en estos otros órdenes porque las reglas sobre los medios probatorios, carga de la prueba y valoración son del todo diferentes”.

Por el contrario, el autor apunta dos supuestos en los que, en su opinión, la Administración o el juez contencioso-administrativo no se podrán desvincular de lo resuelto en vía penal, esto es: de un lado, la declaración penal conforme a la cual no existió un hecho concreto (o que se le imputa a otra persona que nada tiene que ver con la Administración); y, de otro lado, la declaración de los hechos relevantes de cara a la responsabilidad patrimonial así como de los hechos obstativos o extintivos.

⁸¹⁰ Al efecto del procedimiento administrativo, también le son de aplicación estos principios generales en torno a la vinculación de lo declarado en vía judicial. Véase, por todos, el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, de 28 de junio de 2018, Ponente: Marc Marsal Ferret.

⁸¹¹ Como es sabido, por la remisión del art. 71.1 de la LPAC a las normas procesales, lo dispuesto en el art. 317 se aplicará en el ámbito procedimental. Sobre este aspecto, véase Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, pág. 1706, en tanto que destaca que dicha remisión “supone el reconocimiento en el ámbito del procedimiento administrativo de la eficacia probatoria privilegiada de los distintos tipos de documentos públicos determinados en el artículo 317 de la LEC; entre otros, los notariales, los judiciales y los administrativos que cumplan con las condiciones que establece la norma”.

facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades” (p. ej., encargados de los registros).

Para que los documentos públicos administrativos adquieran esta condición, que les otorga una “eficacia probatoria privilegiada”⁸¹², el art. 26.1 de la LPAC requiere que sean válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas en las condiciones que el propio artículo desarrolla⁸¹³. Pero una vez recogidos estos requisitos, tal y como explica BARRERO RODRÍGUEZ, no queda suficientemente claro qué documentos concretos gozan del privilegio probatorio establecido en el art. 317.1 de la LEC, antes transcrito, y a qué otros se les atribuye el menor rango probatorio recogido en el artículo 319.2 de la LEC, según el cual, los demás documentos administrativos tendrán la fuerza probatoria que “establezcan las leyes” y, en su defecto, “los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”⁸¹⁴.

Ahora bien, el entramado legislativo que parece “santificar” los documentos públicos administrativos provocó la reacción jurisprudencial frente el exceso de privilegio probatorio, llegando a la conclusión de que dicho documento público deberá ser valorado a la luz del principio de *valoración conjunta* de la prueba, un criterio que más adelante se explicará, pero del que cabe retener que, para la validez de lo recogido en un documento público, este debe encontrarse en armonía con las otras pruebas, configurándose así como una especie de presunción *iuris tantum* de veracidad⁸¹⁵. Y el legislador, finalmente, decidió recoger el guante –en el año 2015– mediante lo

⁸¹² Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *loc. cit.*

⁸¹³ Además, habrá que tenerse en cuenta lo establecido en el art. 1218 del CC, según el cual los documentos públicos harán prueba “aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este”.

⁸¹⁴ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1706 a 1708.

Sobre este aspecto, Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “Prueba”, *op. cit.*, pág. 464, opina que no es admisible la atribución de valor probatorio privilegiado “a todo documento ‘oficial’ en el cual un funcionario en el ejercicio de sus funciones narre unos hechos”, ya que llega a la consideración de que este funcionario se encuentra en ventaja sobre la otra parte (el administrado) y situaría a la Administración en una posición mucho más beneficiosa al otorgarle privilegio sobre sus propios documentos cuando resulta que es parte en el conflicto. De lo contrario, señala que se conculcaría el principio de igualdad de armas o el principio de presunción de inocencia cuando se ejercite potestades sancionadoras por parte de la Administración.

⁸¹⁵ STS de 9 de febrero de 2016 (ROJ 385/2016), Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso, que, citando la doctrina del tribunal, recuerda que “el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta” por dos razones: por una parte, “la prueba de documento público no es superior a las otras (...) y que, por otra parte. El contenido de los documentos públicos ha de relacionarse inexcusablemente con el resto de la prueba practicada”. En virtud de ello, acaba concluyendo que este aserto “deriva de entender que dichos documentos públicos no presentan prevalencia sobre otras pruebas que por sí solas no bastan para enervar la actividad probatoria conjunta, vinculando al Juez tan sólo respecto al hecho de su otorgamiento y su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a su apreciación con otras pruebas”.

Esta doctrina se repite, entre muchas otras, en las SSTs de 26 de enero de 2016 (ROJ 129/2016), Ponente: Mariano de Oro-Pulito López; de 26 de octubre de 2015 (ROJ 4332/2015), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina; de 20 de junio de 2014 (ROJ 2529/2014), Ponente: José Antonio Montero Fernández; o de 27 de mayo de 2014 (ROJ 2129/2014), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

estipulado en el art. 77.5 de la LPAC, en referencia a la fuerza probatoria *iuris tantum* de los documentos a los que se refiere el art. 26.1 de la LPAC, los llamados *documentos públicos administrativos*⁸¹⁶.

3. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La actividad probatoria en cualquier procedimiento ha de centrarse en la situación fáctica que deba motivar la resolución final o, tal y como lo dispone la LPAC, en torno a “[l]os hechos relevantes para la decisión” del procedimiento. Tratándose del procedimiento de responsabilidad patrimonial dicha actividad implica una mayor concreción probatoria, siendo necesario fijarse en las múltiples pistas que ofrecen los artículos “especiales” en la materia de la LPAC a efectos de observar esta mayor exigibilidad. De esta manera, en la fase de iniciación del procedimiento (el art. 61.4, relativo a la iniciación de oficio por petición razonada de otros órganos; o el artículo 67.2, relativo a la iniciación por reclamación de los presuntos lesionados) la ley procedimental exige la identificación (y, en el caso de la reclamación, acreditación) de unos elementos que no dejan de ser los presupuestos generales de la responsabilidad patrimonial (art. 32.1 y 2 de la LRJSP), es decir: a) de la lesión y el momento en que efectivamente se produjo; b) la relación de causalidad; c) la evaluación económica de la misma. Y, finalmente, en relación con la fase de terminación, la LPAC también exige que dichos elementos fácticos (una vez superado el filtro de la instrucción procedimental) queden recogidos (y evidenciados, si es el caso) en la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (art. 91.2 LPAC).

Han de tenerse en cuenta, además, dos factores añadidos relacionados con los presupuestos materiales de la institución debido a una doble razón: por una parte, el interés en desplegar la actividad probatoria tendente a determinar la existencia de un funcionamiento normal del servicio público; y, por otra, la posibilidad de participación (como causantes del daño y presuntos responsables⁸¹⁷) de terceros. Ello implica un agrandamiento de la actividad probatoria que se llevará a cabo en esta fase del procedimiento. Cuantos más intereses existan, más complejo será –en teoría– todo el procedimiento y, en especial los trámites de prueba que pudiera haber lugar. Por esta

⁸¹⁶ Para facilitar la lectura del mismo, procedo a la transcripción del art. 77.5 de la LPAC: “[l]os documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

Con anterioridad a la actual LPAC, la LRJPAC solo preveía “la presunción de veracidad de las denuncias, actas de inspección y documentos afines” en el marco del procedimiento especial en materia sancionadora. Para mayor abundamiento sobre ello, véase el trabajo de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, pág. 1709.

⁸¹⁷ No es objeto de este trabajo el tratamiento y análisis de las cuestiones substantivas de la institución de la responsabilidad patrimonial. Pero sí han de tenerse en consideración determinados conceptos técnicos. Tal y como explica Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, págs. 135 y 136, no necesariamente ha de radicar en la misma persona la condición de causante del daño (la imputación) y la consiguiente sanción consistente en la obligación de indemnizar el perjuicio causado (responsable). Por tanto, un tercero ajeno a la Administración puede ser objeto de imputación del daño, pero no en todo caso responsable.

razón, no ha de olvidarse que, aunque la LPAC no lo cite expresamente en lugar alguno, los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial no acaban aquí, sino que han de ser objeto de prueba, en su caso, los requisitos negativos como la fuerza mayor y la antijuridicidad del daño, que toman relevancia conceptual en torno a la actividad probatoria. Actividad probatoria que deberá llevarse a cabo, en este sentido, especialmente de forma negativa. Dicho de otro modo, los posibles beneficiados de la existencia de la falta de cumplimiento de estos requisitos negativos (que serán la Administración y, en su caso, los terceros), deberán acreditar tales extremos.

A. La prueba de la lesión en diferentes dimensiones

El primero de los requisitos materiales que, a tenor de la LPAC, deben quedar acreditados en la fase de instrucción del procedimiento es la existencia de la *lesión* “de los derechos o intereses legítimos” de un particular (art. 32 LRJSP) y que este no tenga el deber jurídico de soportar (art. 34.1 LRJSP); concepto jurídico que a su vez es más amplio que el del simple daño. Por tanto, no se deberá probar solamente la existencia del daño. Para que exista lesión (resarcible) deben concurrir, al mismo tiempo, varias exigencias legales de carácter fáctico, que no varían en comparación con la anterior regulación de la LRJPAC. Esto es: que se trate de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (art. 32.2 LRJSP) y que además éste sea antijurídico (art. 34.1 LRJSP).

Con independencia de que los diferentes artículos de la LPAC que recogen aquello que el interesado debe identificar (o probar) en la reclamación, este ha de tener en cuenta que su objetivo es el de obtener en vía administrativa (o posterior judicial) una declaración de la responsabilidad de la Administración. Y ello no implica otra cosa que acreditar que se han cumplido con las exigencias generales del art. 32 (y siguientes) de la LRJSP⁸¹⁸; todas y cada una de ellas, ya que la ausencia de alguno de los requisitos previstos hace inviable la reclamación.

a) La acreditación del daño efectivo

En relación con el daño efectivo, especialmente en cuanto a la exigencia de efectividad, su requerimiento implica la necesidad de que éste posea la nota de *realidad*, lo que lleva a que la víctima deba probar que la actividad administrativa ha provocado alguna minoración real en “sus bienes y derechos”⁸¹⁹. Lo que implica la exigencia de un daño real y cierto es la exclusión de los daños hipotéticos o futuros. En palabras del Consejo de Estado, “las situaciones de expectativa, en las que no existe la certidumbre

⁸¹⁸ Todo ello sin perjuicio de las características complementarias que pueda tener la lesión dependiendo del ámbito específico en el que se discuta la responsabilidad (sanitario, actos administrativos ilegales, urbanístico, etc.). Así, por ejemplo, en el ámbito sanitario, los daños morales gozarán de una mayor relevancia y su prueba tendrá sus propias vicisitudes sobre las que no es preciso abundar en este momento.

⁸¹⁹ “Jesús LEGUINA VILLA, “La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas...”, *op. cit.*, pág. 25. El autor habla, por lo general de patrimonio de la víctima como objeto del daño, pero a estas alturas prefiero hablar de los bienes y derechos de la víctima (siguiendo, así, lo dispuesto en el art. 32.1 LRJSP), que habrán sufrido una incidencia negativa causa de la actividad administrativa, o incluso (siguiendo el art. 3 de la LPAC), de derechos subjetivos e intereses legítimos.

de un resultado dañoso, sino, todo lo más, una simple conjetura no verificada en la realidad, componen el llamado daño eventual o simplemente posible, que cae fuera del ámbito material de la responsabilidad administrativa, circunscrito estrictamente por la legislación a los quebrantos efectivos⁸²⁰; doctrina asumida, como regla general, por la jurisprudencia⁸²¹. El hecho de que en la responsabilidad patrimonial no quepan las especulaciones o expectativas, así como aquellos daños todavía no materializados, hace surgir la obligación de razonar en torno a aquellos perjuicios de *dudosa efectividad* lo que nos lleva al segundo de los requisitos de la *lesión*, ya que nos adentramos en un terreno en el que se unen ambos conceptos, efectividad y evaluación económica.

b) La acreditación del valor económico del daño

En este sentido, la segunda cuestión a probar es la evaluación económica del daño, es decir, que el mismo tenga una traducción pecuniaria, una “mesurabilidad” de su equivalente en dinero⁸²². En este terreno, abriendo un inciso, a efectos estrictamente adjetivos, es muy importante el hecho de que la LPAC, tal y como también hacía en parecidos términos el anterior art. 6 del RRPP, –y sin perjuicio de lo que establece el art. 32.2 LRJSP– acompaña la exigibilidad de evaluar económicamente la responsabilidad patrimonial de la expresión “si fuera posible”, pareciendo relajar en la vía administrativa tal requisito (arts. 61.4 y 67.2); un relajamiento que también se manifiesta en el artículo 91.2 LPAC (relativo a la resolución del procedimiento) por cuanto establece que la valoración del daño causado se realizará “en su caso”, o, lo que es lo mismo, si ello es posible (entendiéndolo de forma integrada con las anteriores previsiones citadas). Se ha de entender, tal y como remarca REBOLLO PUIG, que la imposibilidad de cuantificar económicamente el daño ha de ser transitoria, porque en un momento determinado del procedimiento no pueda llevarse a cabo⁸²³. En este sentido, si la situación siguiera durante toda la tramitación y se produjera el desenlace de la vía administrativa, lo que eventualmente podría obtener el interesado es un derecho de crédito (sentados los

⁸²⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 3 de mayo de 2007 (exp. 75/2007), que, recordando la citada doctrina del Dictamen del mismo órgano consultivo de 1 de junio de 1998, denegó la existencia de responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa por la reclamación presentada por un Colegio que se hallaba en el perímetro de seguridad de un Polvorín cercano perteneciente al citado Ministerio, con el consiguiente riesgo de explosiones que la citada situación conlleva. Dada esta situación, el Colegio se planteó el traslado y sobre esta base (de futuro) solicitó a la Administración militar la responsabilidad patrimonial consistente en los gastos de traslado de las infraestructuras del centro y todos los flecos que derivan de esta situación. Ante ello, el instructor del procedimiento propuso la desestimación de la reclamación debido “a la falta del requisito básico y primario exigido por la legislación para declarar la responsabilidad patrimonial, cual es (...) el de hallarnos ante un daño efectivo. La propia entidad reclamante, en su escrito de alegaciones en trámite de audiencia y valoración del daño, expone que la cuantificación se realiza bajo la hipótesis de clausura y traslado del centro”. Postura que fue llanamente avalada por el Consejo de Estado, por no haber quedado acreditada –en definitiva– la existencia de “prohibición, reducción o limitación alguna en el patrimonio de la interesada”.

⁸²¹ Por todas, véase las SSTs de 17 de mayo de 2016 (ROJ 2062/2016), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; o de 3 de mayo de 2012 (ROJ 2896/2012), Ponente: Antonio Martí García.

⁸²² Tal y como dice Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 295, la evaluación económica del daño implica que éste “tenga una trascendencia patrimonial apreciable, que se pueda hacer en dinero”.

⁸²³ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *loc. cit.*

criterios de cálculo) que se hiciera efectivo con posterioridad, una solución, sin embargo, no muy aconsejable, debido a que eso obligaría a un encadenamiento de pleitos para fijar la indemnización cuando los daños estén totalmente estabilizados⁸²⁴.

Sentado lo anterior, debo volver sobre la cuestión relativa a los daños abstractos (o de dudosa efectividad), que, a su vez, se pueden distinguir en dos acepciones. Así, en primer lugar, y como zona concéntrica de esta explicación, cabe apuntar a los daños de índole inmaterial (o moral), que –tal y como he avanzado– ahora ya son llanamente aceptados en nuestro ordenamiento jurídico como fruto de un proceso de materializar (en algo concreto) el sufrimiento derivado de un daño previo, que a su vez puede ser material o inmaterial. A modo de ejemplo, la pérdida de un ser querido por fallecimiento es un “mero” sufrimiento emocional (con independencia de los daños indirectos o de rebote de los que ya hablé en otra parte de este trabajo), ya que no se trata de un daño cuya evaluación económica penda de un precio de mercado⁸²⁵. Sin embargo, este perjuicio, hoy en día, como regla general, se indemniza por la vía del daño moral causado a los allegados de aquél. Un daño moral que es muy difícil cuantificar y que dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto, porque no es lo mismo el daño moral que pueda provocar una operación quirúrgica (dependiendo de si finaliza con la muerte del paciente o con lesiones invalidantes o no invalidantes y, en estos casos del alcance de estas; así como otros factores como la situación económica de la víctima, edad, circunstancias concurrentes en la responsabilidad, etc.) que el cometido por una prisión preventiva de un presunto delincuente. En estas situaciones, se pueden causar daños de distinta índole (patrimoniales y no patrimoniales), ante los que, si se dan conjuntamente (como es habitual), los juzgados y tribunales tienen respuestas dispares, siendo frecuente (aunque cada vez menos) elaborar un detalle, por separado, de la valoración (y justificación) de cada uno de los daños, pero también la valoración global de todo⁸²⁶. Pero sin abundar más sobre esta cuestión –por no ser objeto de este trabajo la valoración de los daños–, sí que pretendo apuntar ante qué tipo de daños morales se responde, observancia que pivota sobre una doble división: si existe un daño material o corporal previo que sirve de base de cálculo; o si este no existe (por tanto, se indemnizaría por el sufrimiento, padecimiento, pesadilla de la víctima a causa de, por ejemplo, una amenaza de daño futuro: la futura demolición de un edificio).

⁸²⁴ Así como dice la STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2018 (ROJ 2795/2018), Ponente: Julio César Díaz Casales, en un supuesto en el que se discute el inicio del cómputo del plazo de un año para reclamar por una demolición (fallida) de un edificio.

⁸²⁵ En sentido más amplio, se trata de daños no patrimoniales, conocidos como aquellos que conciernen a bienes o derechos afectados que carecen de un mercado que tase las consecuencias de un determinado desastre, es decir, valorarlo económicamente. De esta manera lo explica Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, “Concepto de daño moral”, en la obra colectiva dirigida por Fernando GÓMEZ POMAR e Ignacio MARÍN GARCÍA, *El daño moral y su cuantificación*, op. cit., pág. 36.

⁸²⁶ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “La cuantificación de los daños morales...”, op. cit., pág. 571, apunta que el primer método es “claramente preferible al segundo en aras de la certeza y la prevención de arbitrariedades, desigualdades y litigios, pues proporciona mayor claridad acerca de cómo se han valorado los daños considerados e, implícitamente, acerca de cómo hay que valorar los daños análogos que en el futuro surjan, reduciéndose de esta manera el riesgo de que los justiciables discrepen sobre este punto o de que los órganos jurisdiccionales que han de resolver ulteriormente incurran en inconsistencias”.

La primera de las citadas cuestiones, que es la que me interesa destacar, es la de concurrencia más habitual: el supuesto de un daño material o corporal (*p. ej.*, pérdida de un brazo) que provoca unos daños patrimoniales (que se traducen en los gastos médicos y la pérdida de ingresos que ello le provoca [días improductivos]), pero también un daño moral (y que incluye no solo el sufrimiento psicológico, sino una amplia gama de lesiones intangibles, como son el nerviosismo, el dolor, la ansiedad, la indignidad, etc.⁸²⁷)⁸²⁸. Tal y como remarca la jurisprudencia, este último tipo de daños se valoran en una cifra razonable, y tendrá un componente subjetivo y equitativo. Una subjetividad que cada vez más, en los últimos tiempos, advena una valoración y tasación de los daños en su conjunto, ya sean patrimoniales o únicamente morales, algo que también provoca el alejamiento de los baremos oficiales⁸²⁹.

De este modo, es muy reiterativa la respuesta proporcionada por resoluciones como la STS de 21 de diciembre de 2015, que en un supuesto de pérdida de oportunidad en el tratamiento médico por haberse tardado cinco meses en realizar una prueba vital para el diagnóstico de la paciente, truncando así *las expectativas de mejora* de esta –nótese así que determinadas expectativas (probabilísticas) sí son daño efectivo y, “evaluable económicamente”–, el alto tribunal entendió, al margen de cualquier baremo, que la indemnización global de 150.000 euros más los intereses de demora que pudieran devengarse, fijada en aras del principio de indemnidad, debería responder por los siguientes conceptos: “incapacidad, gastos sanitarios, secuelas, contratación de una persona, gastos de adquisición de silla de ruedas y otros materiales, perjuicios económicos y daño moral”⁸³⁰. Una cuestión que responde a una práctica, cada vez más reiterada, de indemnizar por *la suma de conceptos*, lo cual provoca que la eventual evaluación económica que pudieran realizar los interesados (en su reclamación) se ponga realmente cuesta arriba, sin que el interesado deba renunciar, pese a lo indicado, a indicar, probar y justificar todos los conceptos posibles que pueden formar parte de

⁸²⁷ Sofía AMARAL-GARCÍA, “Daño moral derivado de lesiones”, capítulo traducido al español por Laura Allueva Aznar, en la obra colectiva dirigida por Fernando GÓMEZ POMAR e Ignacio MARÍN GARCÍA, *El daño moral y su cuantificación*, *op. cit.*, págs. 396 y 397.

⁸²⁸ En este sentido, Juan PEMÁN GAVÍN, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público”, *DA*, 1994, núms. 267-238, pág. 294.

⁸²⁹ Dado el potente desapego de los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de los baremos oficiales, y tras recordar su carácter no preceptivo y meramente orientador, la valoración de los conceptos indemnizatorios tiende a materializarse de forma global, o lo que es lo mismo, la atribución de una cuantía a tanto alzado “por todos los conceptos” cuando previamente el reclamante había desglosado y probado todos los conceptos indemnizatorios. Véase, en este sentido, las SSTSJ de Asturias de 14 de mayo de 2018 (ROJ 1760/2018), Ponente: Antonio Robledo Peña; de las Islas Baleares de 7 de mayo de 2018 (ROJ 435/2018), Ponente: Gabriel Fiol Gomila.

Pone de manifiesto la rebeldía de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a la utilización de baremos (objetivos) Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria...*, *op. cit.*, págs. 113 y ss., porque “los baremos son antagónicos a la reparación íntegra, pues se basan en cuantías objetivas, y supuestos que solo el legislador contempla para una colectividad y en supuestos generales”, idea que comparto. El autor, además, incide en la idea de que la STC de 29 de junio de 2000, núm. 181/2000, Ponente: Pablo García Manzano –resolución que llegó a la conclusión de que un baremo de valoración de daños corporales era acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva– entorpeció los fines de la reparación íntegra del daño.

⁸³⁰ STS de 21 de diciembre de 2015 (ROJ 5640/2015), Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso.

aquella suma. La acreditación o no de estos conceptos conllevará una mayor o menor indemnización en función de su peso, por lo que es importante la prueba de todos y cada uno de ellos⁸³¹. Y así, la Administración podrá –por recepción de la descrita práctica judicial– indemnizar en bloque atendiendo a las circunstancias de lo probado, siempre que las circunstancias del caso lo permitan (sobre todo, en supuestos de pérdida de oportunidad)⁸³².

c) La individualización del daño y su relativización en las reclamaciones colectivas

Finalmente, en cuanto al tercero de los requisitos necesarios para la existencia de *lesión jurídica*, la individualización del daño con relación a una persona o grupo de personas es un requisito algo descuidado en materia probatoria, sobre todo cuando nos encontramos ante reclamaciones colectivas, pero no plurales. La individualización consiste en un proceso de identificación del daño producido, o, dicho de otra manera, de concreción de la víctima y sus lesiones⁸³³, donde incluso a pesar de la posible existencia de una pluralidad de víctimas, no resulta admisible la reparación por los daños generales derivados de una actuación administrativa con vocación de generalidad. Este proceso de identificación debe consistir en la incumbencia del reclamante de señalar en su solicitud (y luego probar) los daños y perjuicios, el concepto y su *quantum*, ya se trate de daños materiales (aparición de grietas en el domicilio), corporales (días de baja desglosados en hospitalarios, improductivos, no improductivos, secuelas, etc.) o morales (el sufrimiento emocional)⁸³⁴.

⁸³¹ Así, en un modo similar que la sentencia anterior, la STS de 25 de mayo de 2016 (ROJ 2289/2016), Ponente: Rafael Toledano Cantero, también en una situación de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad (lo que no conlleva, pues, un montante indemnizatorio total), acuerda el pago de 200.000 euros “por todos los conceptos” en un caso que finalizó con el resultado de parálisis cerebral de la víctima. Pese a ello, el Tribunal no acordó cantidad alguna por los conceptos de adaptación de vehículo y vivienda, porque además de incluirse en “todos los conceptos”, no se consideró acreditado por el reclamante “la efectiva realización de los mismos”. Ahora bien, es de observar que, en caso de haberse acreditado estos gastos, seguramente la cuantía recibida por “todos los conceptos” hubiese sido mayor.

⁸³² Fernando FONSECA FERRANDIS, *Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española. Su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 195 a 200, realizó un estudio a efectos de determinar qué porcentaje de sentencias concedían la indemnización a partir de un baremo y qué porcentaje lo fijaban a tanto alzado. Así, de 89 resoluciones judiciales, salió un resultado de 67,40% en favor de la indemnización a tanto alzado y un 32,60% en favor de la indemnización según baremo; con caída en picado de este último porcentaje ante el TS.

⁸³³ STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004 (ROJ 379/2004), Ponente: María Josefa Artaza Bilbao. Se trataba de un supuesto en el que una entidad aseguradora se subrogaba en los derechos de la víctima, a la que previamente había indemnizado, para reclamar responsabilidad patrimonial. Sin embargo, el Tribunal observó falta de probanza de la individualización del daño porque solamente se acreditó, mediante escrito de finiquito y liquidación, que se reclamaba por “indemnización por gastos, perjuicios sufridos, baja y secuelas”, sin demostrar la procedencia o veracidad de los conceptos, concretizada en datos sobre lesiones, incapacidad, tipo de baja, improductiva o no, así como secuelas y otros daños materiales si los hubiere, “pues, al margen de dicha documentación no obra otra prueba”.

⁸³⁴ Este requisito me lleva a poner en tela de juicio la práctica jurisprudencial de la valoración del daño de forma global, no tanto por su objetivo final (que es bueno), sino porque la valoración por el cúmulo de conceptos puede resultar contradictoria con el requisito de la individualización. Ahora bien, ciertamente la individualización del daño no es lo mismo que su valoración económica. Por ejemplo, ante

El mayor problema de la individualización, por tanto, subyace bajo la previsión de “un grupo de personas”, ya que es clara la falta de problemática en torno a una persona, donde normalmente si existen los dos requisitos anteriores (daño efectivo y traducción económica) habrá lesión⁸³⁵. Pero en relación con los daños grupales han de remarcarse dos frentes abiertos. El primero, es relativo a la diferenciación entre perjuicios causados a un grupo de personas y las cargas (sociales) colectivas de un determinado sector, siendo este último de los supuestos no susceptible de causar responsabilidad alguna (STS de 5 de julio de 2007)⁸³⁶. Y, el segundo, más susceptible de causar confusiones, se origina en aquel momento en el que se reclama responsabilidad patrimonial por parte de entidades habilitadas al efecto (reclamaciones colectivas).

En este último supuesto, como ya he tenido la ocasión de manifestar, no es lo mismo una reclamación colectiva (en nombre de un colectivo, por el daño al interés colectivo no individualizado) que una reclamación plural (varios sujetos reclamantes bajo una misma representación, pero a título individual cada uno de ellos)⁸³⁷. Como botón de muestra, por didáctica, valga la STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2018⁸³⁸, sobre un supuesto de reclamación de daños derivados de la anulación de una licencia de obra para la construcción de un edificio (que conllevaba su demolición) sobre la que posteriormente se acordó su inejecutabilidad. Como consecuencia de la citada anulación se comenzó un proceso de legalización del edificio construido para evitar la pérdida de la totalidad del inmueble. A tenor de estos hechos, la comunidad de propietarios reclamó responsabilidad patrimonial por dos conceptos diferenciados: de un lado, por los costes del citado proceso de legalización del edificio (honorarios del arquitecto, tasas e impuestos, obras de adaptación, honorarios de la defensa letrada); y, de otro lado, se reclamaban los daños morales provocados a los vecinos por la desazón que les causaba la posibilidad de demolición del edificio en el que residían. En este sentido, la resolución decidió que el Ayuntamiento debía indemnizar a la Comunidad de Propietarios por el primero de los conceptos, no siendo problemática la

un daño consistente en la pérdida de un brazo, la identificación (individualización) es la situación fáctica consistente en la pérdida de este por parte del paciente X. En cambio, la valoración económica informa otros conceptos que pueden ser diversos, como la pérdida funcional de un miembro corporal, los gastos sanitarios que ello le puede implicar, los daños morales causados, etc. Por tanto, la valoración económica incluye una traducción monetaria de los daños que este paciente ha sufrido, lo que significa que ya ha habido una previa identificación del daño y la víctima que no debe tener su plasmación *mutatis mutandi* en la evaluación económica.

⁸³⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, op. cit., pág. 393.

⁸³⁶ STS de 5 de julio de 2007 (ROJ 4746/2007), Ponente: Margarita Robles Fernández, caso en el que, con recordatorio a la tradicional doctrina jurisprudencial sobre el tema, apunta a la diferenciación de estos conceptos, recordando que el TS, anteriormente, ya había advertido que determinadas modificaciones reglamentarias operada con efectos generales sobre un determinado sector empresarial y económico es una carga colectiva o general, ‘que carece, en consecuencia, de los condicionamientos de singularidad y gravamen individualizado que justificarían, solo en su caso, el resarcimiento’.

⁸³⁷ A mayor abundamiento, véase el capítulo relativo a los sujetos intervinientes en el procedimiento de responsabilidad.

⁸³⁸ STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2018 (ROJ 2795/2018), Ponente: Julio César Díaz Casales.

En idéntico sentido, véase también la STS de 17 de octubre de 2019 (ROJ 3318/2019), Ponente: César Tolosa Tribiño.

individualización del daño en tanto en cuanto fue la propia persona jurídica la que asumió los gastos de legalización de la obra. Sin embargo, otra rinda tomaría el segundo de los conceptos, el relativo a los daños morales de los vecinos por la “amenaza de pérdida de la edificación”. Se trataba de un total de 180 familias para las que se reclamaba una cuantía diferente según el vínculo jurídico que tuvieran con el inmueble objeto de controversia (propietarios de primera vivienda, diferenciando entre si éstos llegaron antes o después de iniciado el conflicto originario; propietarios de segunda o ulterior vivienda; si tenían hipoteca o no; arrendadores, etc.) Sin embargo, no se individualizaba en ningún momento vecino por vecino, identificando a cada persona que había sufrido el citado daño moral y bajo qué alcance particular; lo que llevó –junto a la falta de legitimación de la Comunidad para reclamar en el nombre de sus integrantes– a que el tribunal desestimara dicha solicitud.

El caso objeto de análisis es más habitual de lo que parece en este tipo de reclamaciones en colectividad –que no colectivas–, y provoca la imperiosidad de no olvidar la acreditación del *daño individualizado* por cada “particular” para el que se reclama, previo aseguramiento de si la reclamación plural está confeccionada correctamente en aras de preservar la legitimación activa de la responsabilidad, algo no exento de polémica, tal y como tuve la oportunidad de explicar en otro capítulo, al que me remito⁸³⁹.

d) La acreditación de la antijuridicidad de la lesión como concepto probatorio de importancia alternativa

El de la antijuridicidad de los daños es el concepto a través del que la jurisprudencia ha permitido la introducción del principio de culpabilidad en el régimen de responsabilidad patrimonial. El art. 34.1 LRJSP establece que “[s]ólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Como puede observarse a simple vista, es un término de alta ambigüedad, lo que le ha permitido ejercer de cajón de sastre determinante de la situación entre aquellos *daños injustos* (o, siguiendo el tenor del art. 34.1 LRJSP, ilegales), es decir, los que no hay deber jurídico de soportar (por tanto, antijurídicos); y aquellos otros *daños justos o justificados*, por tanto, aquellos donde sí existe deber jurídico de soportar (daños jurídicos)⁸⁴⁰.

⁸³⁹ Recuérdese, en igual línea argumental, las SSTs de 15 de abril de 2013 (ROJ 1903/2013); y de 15 de abril de 2013 (ROJ 1908/2013), Ponente: Celsa Pico Lorenzo, citada en el capítulo relativo a los sujetos intervinientes en el procedimiento. En ella se recordaba a la OCU la carencia de individualización del daño concreto con respecto a cada uno de los peticionarios que la Organización representaba, lo que llevó a la desestimación de la reclamación, pues su ausencia constituía “un defecto sustancial”.

⁸⁴⁰ La gran ambigüedad e indeterminación del esencial concepto de antijuridicidad es utilizada por nuestros Jueces y Tribunales para corregir dignamente la desproporcionada amplitud del sistema de responsabilidad patrimonial y subjetivarla de esta manera introduciendo el criterio de la culpa según las circunstancias del caso. Sobre estos extremos es unánime el sector doctrinal; por todos, véase Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad...propuestas para el siglo XXI*, op. cit., pág. 42; Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad...acto administrativo*, op. cit., pág. 177; Isabel GALLEGO CÓRCOLES, “Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa *in vigilando* como título de imputación”, *RAP*, núm. 177, septiembre-diciembre, 2008, pág. 268; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Responsabilidad patrimonial de la

Ello implica que en determinados sectores ni se intente camuflar de manera alguna el criterio de la culpabilidad, sino que directamente así se reconoce. Es botón de muestra el caso de la responsabilidad sanitaria, que, sin perjuicio de lo que disponga la LRJSP, se perfila como una responsabilidad jurisprudencialmente subjetiva por cuanto los tribunales exigen la acreditación de una infracción de la *lex artis* médica o la aplicación indebida de los medios disponibles a fin de cumplirse con el criterio de la antijuridicidad⁸⁴¹. Así, en este ámbito se debe entender que el daño es antijurídico si es desproporcionado⁸⁴², doctrina que no deja de ser el espejo en el que se perfila la observancia de un elemento clave: la prueba de la culpabilidad (que, en el caso objeto de ejemplo, la discusión pivotaría sobre la diligencia médica). Por este orden de cosas, se persigue que la Administración no deba asumir la indemnización de aquellos daños localizados dentro de la órbita del riesgo inherente a una determinada actuación médica, respondiendo así únicamente por aquellos daños culpables, para los que, en alguna ocasión, se ha requerido incluso jurisprudencialmente una culpabilidad médica “clamorosa” que encuentre correspondencia con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) y con especial fundamento en la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado que el TS ha desarrollado⁸⁴³.

Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *RAP*, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010, págs. 202 y ss.; o María Astrid Muñoz GUIJOSA, “Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo”, *REDA*, enero-marzo, 2015, págs. 156 y ss.

⁸⁴¹ Así lo recuerda, entre muchos otros, el Dictamen de 30 de marzo de 2017, núm. 87/2017, de la Comissió Jurídica Assessora, Ponente: Eva Pons Parera; en tanto en cuanto subraya que el reclamante ha de acreditar los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial y, en el ámbito sanitario, tanto la doctrina de la Comisión como la jurisprudencia, establecen que “es necesario acreditar una aplicación indebida de los medios disponibles o una infracción de la *lex artis* para no convertir la Administración en una especie de aseguradora de cualquier daño sufrido por los reclamantes (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007 y de 18 de diciembre de 2009, entre otras)”.

⁸⁴² Especialmente didáctica sobre estos aspectos es la reciente STSJ de Castilla y León de 15 de septiembre de 2015 (ROJ 4152/2015) que, primero de todo, basándose en jurisprudencia del TS, indica directamente que “la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial” y *a posteriori* proclama que “[e]stamos pues ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también de la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de la demostración de la infracción del criterio de normalidad, debiendo no obstante recordarse la denominada doctrina del daño desproporcionado como conformadora de la responsabilidad patrimonial (SSTS de 20 de junio de 2006 o de 6 de febrero y 10 de julio de 2007) (...)”. La doctrina del daño desproporcionado es aquella relativa a las actuaciones médicas que producen un resultado *anormal*, inhabitualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos propios de una determinada intervención, las SSTS de la Sala de lo Civil de 23 de octubre de 2008 (ROJ 5371/2008) y de 8 de julio de 2009 (ROJ 4673/2009) lo califican hasta de daño “clamoroso”. La misma retórica que la STSJ de Castilla y León utilizan, entre otras, las SSTS de 10 de julio de 2012 (ROJ 4724/2012) o de 11 de abril de 2014 (ROJ 1638/2014).

⁸⁴³ En este sentido es ejemplo la STSJ de Galicia de 21 de octubre de 2015 (ROJ 7504/2015) que, recogiendo una jurisprudencia pacífica y consolidada del TS, razona sobre aquellos casos en que el daño producido al paciente es *desproporcionado o clamoroso*. Este daño, afirma, que denota un componente de culpabilidad, que habrá de ser valorado en conjunto con la patología inicial del paciente. También lo

Pues bien, lo anterior significa que la subjetivización de la responsabilidad patrimonial tiene un alcance directo en el ámbito probatorio, y es que obliga a la acreditación de culpabilidad de la Administración para que el daño le sea imputable. Así, la STS de 25 de mayo de 2016, en un supuesto de responsabilidad patrimonial sanitaria, observó a partir del “conjunto de la prueba pericial” la antijuridicidad el daño causado a un menor en el parto (hipoxia) debido a que se descartó por los facultativos la práctica de cesárea en un momento en el que médicamente hubiese sido procedente. Lo destacable, en materia probatoria de la antijuridicidad del daño es que el tribunal, amparándose en hasta tres informes periciales distintos, subrayó la comisión de una infracción de la *lex artis* médica en la atención prestada durante el parto porque todos los peritos coincidían en que la falta de práctica de la cesárea en el momento determinado (a partir de un primer episodio de bradicardia) supuso que el menor estuviera media hora en situación de sufrimiento fetal, lo que, tras algunas otros incidentes, provocó un déficit de oxígeno en el organismo del mismo, afección a partir de la cual se le causó un daño consistente en una parálisis cerebral espástica⁸⁴⁴.

Si bien del anterior ejemplo se percibe una nuclear importancia de la prueba de la antijuridicidad, se debe tener en cuenta que, en otras ocasiones, dicho peso probatorio se relajará debido a que la discusión de la antijuridicidad se centrará en lo jurídico más que en lo fáctico. Como botón de muestra están las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños causados por los cambios de regulación. Uno de los casos prototípicos en España fue el de las inversiones en proyectos fotovoltaicos, conforme a la normativa de carácter reglamentario que se adoptó por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el año 2008, que enjuició, entre otras, la STS de 28 de abril de 2016⁸⁴⁵. A partir de aquella disposición de carácter general, los interesados en invertir en este tipo de energía entendieron de forma razonable que si cumplían los requisitos para la inscripción en un registro de preasignación tendrían derecho a una retribución recogida en el reglamento regulador. Sin embargo, tras realizar algunas inversiones, para así cumplir con los requisitos reglamentarios, en el año 2012 el Gobierno decidió la suspensión de dichas inscripciones. Este hecho llevó al tribunal a señalar que la alterabilidad sorpresiva del marco regulatorio no eliminaba la antijuridicidad, por exclusión de la aplicación de la doctrina propia del alto tribunal, según la cual el sistema regulatorio permite cambios derivados de la evolución de la tecnología y de las circunstancias económicas, lo que, en este caso se traduciría en que los administrados deberían soportar el denominado *riesgo regulatorio* (circunstancia

recuerda de esta manera la STS de fecha 12 de noviembre de 2012 (ROJ 7797/2012) al citar una sentencia de la misma Sala 3ª del TS del mismo año que establecía claramente que “[l]a doctrina del daño desproporcionado o ‘resultado clamoroso’ llegó a nuestra jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal (...)”.

⁸⁴⁴ STS de 25 de mayo de 2016 (ROJ 2289/2016), Ponente: Rafael Toledano Cantero. Lo interesante del supuesto, es que, en este caso, y por los mismos hechos descritos, el Tribunal *a quo* había observado la juridicidad de la conducta (por no considerar la antijuridicidad del daño), lo cual –además de una clara cuestión de valoración probatoria– muestra la gran relevancia de que exista una rigurosa acreditación, no sólo de lo que pasó (hechos que sucedieron), sino de cómo se hubiera podido evitar el daño, o, al menos la culpabilidad (hechos que hubieran sido necesarios).

⁸⁴⁵ STS de 28 de abril de 2016 (ROJ 1871/2016), Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso.

que removería la antijuridicidad). Como se observa, la discusión sobre la existencia o no de la antijuridicidad tuvo lugar estrictamente desde el plano de la razonabilidad jurídica. La cuestión de la acreditación de los hechos fue más objeto de probanza de daño (*p. ej.*, facturas de la inversión realizada) y su relación de causalidad con la actividad (normativa) de la Administración que, de la antijuridicidad, cuestión que pivotó sobre la valoración jurídica de los hechos.

De los dos supuestos, un tanto contrapuestos pero adaptados a las circunstancias de los casos desde la prueba de la antijuridicidad, se pueden extraer dos conclusiones en esta materia. En primer lugar (siguiendo con la retórica general de la responsabilidad patrimonial), que existe un fuerte impacto de la casuística, debiéndose adaptar el operador jurídico a las circunstancias de los hechos a la hora de probar la antijuridicidad. Y, en segundo lugar, en función de dichas circunstancias se puede exigir un mayor o menor esfuerzo probatorio por las partes. La clave de la determinación de dicho esfuerzo radica en responder a dos cuestiones: primero, si se trata de una cuestión de carácter fáctico o si se trata de una cuestión jurídica; y, segundo (y con independencia del anterior) si la atribución de culpabilidad a la conducta del servicio necesita de precisión cualificada (informes periciales determinantes de cómo se debería haber actuado según la *lex artis*, protocolos de actuación, informes de inspección, etc.) de los hechos o es suficiente con la aplicación de unos parámetros lógicos según la concepción del hombre medio. En el último de los casos indicados el grueso del examen de antijuridicidad no versará sobre la prueba, sino que se trasladará a la argumentación racional de la culpabilidad (antijuridicidad); mientras que en el primero de los casos la acreditación de la antijuridicidad del daño adquiere un rol protagonista.

B. La prueba de la relación de causalidad entre la lesión y el servicio público

Partiendo de la idea de que ya ha habido una lesión, el siguiente paso consiste en acreditar la relación de causalidad entre aquella y el funcionamiento del servicio público, o, dicho de otra manera, la víctima ha de probar que existe un vínculo entre el hecho y el resultado lesivo producido⁸⁴⁶. Este es el requisito más relevante sobre el que debe versar la actividad probatoria del reclamante en un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo⁸⁴⁷, aunque, recordemos que a pesar de que el sistema sea objetivo sobre el papel, es muy importante tener en cuenta la consolidada subjetivización del mismo, con lo que –sin descuidar la relación de causalidad– los esfuerzos probatorios deben apuntar al anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Tal y como explicaba DÍEZ PICAZO, la causalidad de la responsabilidad debe hacer frente a dos tipos de problemas: encontrar una razón para ligar el daño a una determinada persona (entiéndase Administración o agente dependiente *in extenso*) y tratar de relacionar esta persona con el daño⁸⁴⁸. Ahora bien, actualizando e integrando la teoría anterior al ámbito administrativo, podemos decir que la línea sincrónica a

⁸⁴⁶ María Pilar TESO GAMELLA, “El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local”, *QDL*, núm. 44, junio, 2017, pág. 324.

⁸⁴⁷ Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria...*, *op. cit.*

⁸⁴⁸ Luis DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 332.

seguir para determinar la existencia de este lazo causal entre daño y funcionamiento del servicio es la siguiente: en primer lugar, la causación fáctica del daño (que, a estas alturas, la presuponemos); en segundo lugar, la atribución objetiva a un sujeto concreto de aquel daño; y, en tercer lugar, *la atribución* de la responsabilidad patrimonial por daño producido⁸⁴⁹. Dentro de lo anterior cabe distinguir la imputación objetiva de la determinación del sujeto responsable. La imputación permite atribuir un determinado daño a un determinado sujeto y la responsabilidad determina el sujeto que será sancionado con la obligación de indemnizar el perjuicio causado⁸⁵⁰. En este terreno, la actividad probatoria ha de focalizarse sobre la imputación, ya que la determinación de responsabilidad queda reservada a un terreno más teórico propio del derecho que se discutirá tras relacionar a quién y bajo qué circunstancias se produce la imputación⁸⁵¹.

Así, la atribución de la autoría del daño (nexo causal) es incumbencia ordinaria de la prueba, que, a través de los medios probatorios existentes en el ordenamiento (pero sobre todo aquellos periciales), tratará de convencer al órgano decisor de la existencia o inexistencia del citado lazo. Sin embargo, se trata de un ámbito abstracto, porque la relación de causalidad es un fino hilo que debe ser recreado por la víctima bajo el peligro de la concurrencia de causas concurrentes, cuya interferencia puede provocar –en el peor de los supuestos– una rotura de dicho nexo⁸⁵²; o bien, la falta de aparición del mismo, por la dificultad probatoria que en muchas ocasiones se presenta⁸⁵³, con lo que

⁸⁴⁹ Siguiendo la adecuada línea marcada por Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *op. cit.*, págs. 135-136.

⁸⁵⁰ Margarita BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños...*, *loc. cit.*

⁸⁵¹ No es objeto de este trabajo abundar en los aspectos teóricos de la imputación, existiendo la obra de Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, como referente del tema. Tampoco cabe incidir sobre los aspectos materiales de los problemas concurrentes en torno a la figura del nexo causal como son la aparición de concausas (incidencia de causas extrañas, culpa de la víctima, hechos de terceros no dependientes de la Administración, etc.), remitiéndome en este aspecto a la corta pero clara explicación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 427 a 437.

Simplemente debo apuntar, en línea con este apartado, que todas estas cuestiones –sobre todo las relacionadas con la concurrencia de causas– deberán ser cuidadas en el marco probatorio por aquel actor del procedimiento que pueda resultar beneficiado por la existencia o carencia de las mismas.

⁸⁵² Sobre algunas de las causas citadas en la nota anterior, capaces de interferir o incluso romper, la relación causal, algunos ejemplos.

La STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018 (ROJ 1391/2018), Ponente: María Dolores Rivera Frade, apreció concurrencia de culpas en un supuesto de reclamación por accidente de circulación en el que la víctima, que conducía un ciclomotor, invadió irregularmente el carril contrario a su circulación y cayó por causa de la existencia de un bache en aquel carril.

⁸⁵³ Por poner algún ejemplo –entre miles– de dificultad probatoria, valga la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de junio de 2016 (ROJ 2835/2016), Ponente: Edilberto José Narbón Láinez, en el que se enjuiciaba un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial basado en que las vacunas suministradas por un Consultorio al hijo menor de edad de la reclamante le provocaron a éste, entre otras cosas, una enfermedad celíaca. El Tribunal, sin embargo, es contundente al señalar la insuficiencia probatoria pese a un informe médico, en un alegato propio de quien –lúcidamente– se cree que estas situaciones deben llevar un esfuerzo probatorio exhaustivo: “[r]especto a la enfermedad celíaca, la Sala no puede dictar una sentencia donde se diga que la vacuna produce la enfermedad celíaca por un informe de un médico de parte especializado en daño corporal, con todos los respetos que nos merece que; de todas formas, actúa con cautela como corresponde a un profesional, concluye que en este momento no existen elementos de juicio suficientes para confirmar o descartar la relación de causalidad entre la

tampoco se pasará al siguiente plano, que es la atribución jurídica de la determinada responsabilidad.

A pesar de lo establecido sí que existen situaciones en las que, por la imposibilidad de la víctima de demostrar determinada vinculación entre daño y lesión (*probatio diabolica*), a causa de una cuestión más propia de la distribución de la carga probatoria –a la que en este punto me remito–, la jurisprudencia ha rebajado la necesidad de acreditar de forma palmaria dicho vínculo, siendo suficiente con invertir el deber probatorio (por la teoría de la *facilidad probatoria*). Ante la inacción frente a la citada inversión, se considera, aunque indiciariamente, dibujada una ficticia línea causal entre daño y funcionamiento del servicio⁸⁵⁴. La finalidad de esta excepcional práctica reside en la necesidad de dar respuesta a determinadas situaciones en las que, aun habiendo una evidencia psicológica de relación causal, no queda acreditada una evidencia probatoria, sino que esta se presume a raíz de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. Se trata, pues, de una solución encaminada a la voluntad de hacer justicia material.

C. La prueba de la fuerza mayor

Por último, y como tercer presupuesto para que la víctima tenga derecho a un reconocimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa, el art. 32.1 LRJSP prevé una causa negativa: la fuerza mayor. *A sensu contrario*, cumpliéndose esta causa de exoneración de la Administración, la víctima del daño ya no verá avalado su derecho

vacuna y la patología. Los restantes informes de las actuaciones no ven esa relación de causalidad, lo niegan (...)

⁸⁵⁴ La STS de 26 de abril de 2018 (ROJ 1697/2018), Ponente: José Juan Suay Rincón, conoció de un supuesto de responsabilidad patrimonial sanitaria en la que se reclamaba por los daños causados al hijo menor de edad de la reclamante y a ella misma como consecuencia de la asistencia hospitalaria durante el parto. De forma resumida –y digo resumida porque los entresijos del caso son abultados– se trataba de un supuesto en el que, a la fecha de ingreso de la reclamante al hospital, la situación del feto se encontraba en circunstancias de normalidad. Pese a ello, tras el nacimiento, el recién nacido permaneció más de tres semanas en el Servicio de Neonatología con diagnóstico de asfixia perinatal, cuestión que acabó generando en el daño consistente en “retraso mental y epilepsia” del menor.

Ante la falta de una prueba contundente, clamorosa (como se suele exigir en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria como regla general), el TS justificó la relación causal a partir de algunos “elementos suficientes para establecer un nexo entre un hecho (problemas en el parto) y otro (retraso mental y epilepsia) según las reglas del criterio humano”. Para un mayor entendimiento de la situación, es menester la transcripción de la entera motivación: “[d]e todos estos datos, recogidos en el citado informe de la propia Administración demandada, se desprende que, aun estando el feto en situación normal cuando la madre ingresó en el hospital, el recién nacido hubo de permanecer más de tres semanas en el Servicio de Neonatología y que los médicos que entonces lo atendieron diagnosticaron asfixia perinatal. El mismo informe refleja que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre, aun estando ya en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada. La única conclusión que un observador razonable puede extraer de estos hechos es que algo debió ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran; y lo que es indiscutible es que ese algo ocurrió estando la madre ingresada en el hospital y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que, en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”.

a la indemnización, debiendo existir para ello una *ausencia de fuerza mayor*⁸⁵⁵. Se trata de la única causa prevista legalmente que pueden provocar una quiebra total del nexo de causalidad.

En este sentido, la tradicional y constitucionalizada fuerza mayor o *vis maior* es una causa excluyente y dispensadora de responsabilidad, que, a falta de una definición normativa del concepto, ha sido moldeada a nivel casuístico, con el avance de la práctica en el tiempo, por las doctrinas de los consejos consultivos y de la jurisprudencia. Esta doctrina ha entendido que fuerza mayor es toda aquella causa imprevisible e irresistible del servicio público que aparece al llevar a cabo las actividades administrativas propias⁸⁵⁶. Ha de precisarse, no obstante, que al mismo tiempo que la fuerza mayor es una causa de exoneración de responsabilidad para la Administración, no sucederá lo mismo cuando nos hallemos ante la concurrencia de un *caso fortuito*. En este último lance no habrá rotura del nexo causal debido a la falta de una característica que sí es propia de la fuerza mayor, la *ajenidad o externalidad*. Dicho de otra manera, cuando la causa provocadora de un daño sea inherente, interna o propia del funcionamiento del servicio (en definitiva, que la Administración tenga cierto control preventivo sobre ella) estaremos ante un supuesto de caso fortuito y, por tanto, incapaz de enervar la relación causal –ni mucho menos romperla–, todo lo que, añadido a los demás requisitos ya mencionados, será susceptible de generar la responsabilidad patrimonial⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de abril de 2015 (ROJ 1705/2015), Ponente: Edilberto Narbón Láinez; indicaba, terminológicamente, que la fuerza mayor constituía *un requisito negativo*, al afirmar que para la responsabilidad patrimonial “hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo (...)”. En igual sentido, las SSTSJ de Cantabria, de 10 de julio de 2008 (ROJ 1002/2008), Ponente: María Josefa Artaza Bilbao; o de Madrid, de 13 de julio de 2015 (ROJ 9512/2015), Ponente: Alfonso Rincón González-Alegre.

⁸⁵⁶ El Consejo de Estado en su dictamen de 18 de marzo de 2004, núm. 95/2004, expresivo de otros muchos dictámenes del órgano consultivo así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) más significativa, definía la fuerza mayor como “aquél suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación’ (...). Por consiguiente, la fuerza mayor se configura como ‘una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995)”. En el mismo sentido, véase Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2011, pág. 563.

⁸⁵⁷ Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid, de 13 de julio de 2015 (ROJ 9512/2015), Ponente: Alfonso Rincón González-Alegre, describe a la fuerza mayor “como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto éste último que no enerva la responsabilidad de la Administración y sí impone la obligación de indemnizar”. A continuación, distingue conceptualmente los términos de fuerza mayor y caso fortuito apuntando que “[l]a fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito se refiere a aquellos sucesos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida”. De la misma forma lo indica, entre otras, SAN de 16 de julio de 2015 (ROJ 2729/2015), Ponente: Lucía Acín Aguado.

Véase, por ilustrativo, el estudio sobre el tema que realiza Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ, “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en la obra colectiva coordinada por José BERMEJO VERA, *Derecho administrativo. Parte especial*, 6ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 1170 a 1179.

Como consecuencia de su no poca importancia, más bien al contrario, la prueba que se practique para demostrar el brote de una causa de fuerza mayor o su inexistencia también resulta cabal. Así como discutir, ante los casos dudosos, que aquella no es en realidad una causa de fuerza mayor, sino debido al factor interno, se estaría ante un caso fortuito. Ahora bien, dado que es la Administración la parte susceptible de alegar como causa de exoneración la fuerza mayor, es a ella a quien le corresponde probarla (STS de 30 de noviembre de 2015)⁸⁵⁸. Y ello es posible en el procedimiento administrativo por cuanto los actos de la función probatoria “se realizarán de oficio” (art. 75.1 LPAC) en prácticamente cualquier momento de la tramitación⁸⁵⁹. Este hecho recuerda que la Administración debe tener también un papel de parte en la tramitación, no solo el de instructora y “juzgadora” del mismo. Pese a ello, dada la estrecha relación de exclusión entre nexo causal y fuerza mayor, siendo la segunda susceptible de romper el primero –por tanto, si hay una, no hay otra–, en la práctica el interesado estará obligado a demostrar la relación de causalidad, con lo que, al mismo tiempo, y como acto consecuente, se verá obligado a defender también la ausencia de fuerza mayor alguna⁸⁶⁰.

4. LA CARGA Y DISTRIBUCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A. La escasa atención a la carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo y su reflejo en el procedimiento administrativo

Tradicionalmente la justicia administrativa ha observado una menor relevancia de carga de la prueba en aquel ámbito precisamente a causa de la existencia de la vía administrativa previa. Como he tenido ocasión de señalar, la vocación de completitud probatoria que esta persigue, específicamente en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conlleva que, en muchas ocasiones, el peso de la acreditación de los hechos

⁸⁵⁸ Este extremo es doctrina consolidada que se recuerda en la citada STS de 30 de noviembre de 2015 (ROJ 5006/2015), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

⁸⁵⁹ Así lo expresa Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1690 a 1695, en base al principio antiformalista que preside el desenvolvimiento procedimental.

⁸⁶⁰ La apuntada contradicción se puede observar de la SAN de 13 de abril de 2018 (ROJ 1592/2018), Ponente: Fernando de Mateo Menéndez, en un caso bastante didáctico. Se trata de un supuesto de reclamación de daños por el desbordamiento del río Ebro en el que, como es habitual en estos casos, la Confederación Hidrográfica del Ebro alegaba como causa de exoneración, entre otras cosas, la fuerza mayor. Sin embargo, la AN no ratificó dicha causa de exoneración precisamente porque el interesado había aportado dos informes periciales en los que se demostraba claramente que no se trataba de una situación extraordinaria, irresistible y que la Administración no pudiera controlar. Dicho de otro modo, el interesado se encargó de probar –a través de la construcción del nexo causal– la carencia de fuerza mayor alguna. Por el contrario, en la propia sentencia se cita otra sentencia de la misma Sección de la AN en la que “no cabía apreciar la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos estatales encomendados a la Confederación Hidrográfica del Ebro y las inundaciones, pero no podemos olvidar que para llegar a esta conclusión se partía que la parte actora no había aportado prueba alguna para demostrar la dejación por parte de la Confederación Hidrográfica del Ebro de sus obligaciones de policía, en relación con el estado de abandono del cauce del río, cosa que, como ha quedado reflejado, no acontece en el supuesto que nos ocupa”.

recaiga sobre el propio expediente administrativo⁸⁶¹. Pero esta idea contrasta con la despreocupación del legislador a la hora de regular esta cuestión en la LPAC⁸⁶². Ahora bien, a pesar de este déficit regulatorio en la ley procedimental, esta idea no puede tener cabida en la vía administrativa. Principalmente por dos motivos.

El primer motivo es que nos encontramos en la vía administrativa previa. Por tanto, la necesidad de unas reglas claras en materia probatoria son clave si se tiene en cuenta la señalada concepción según la que, la carga de la prueba no tiene demasiada importancia en el proceso contencioso-administrativo porque ya se habría llevado a cabo previamente en la vía administrativa y, por tanto, toda la acreditación se encuentra en el expediente. En este caso, debe sobreentenderse una implícita atribución del peso probatorio a la vía administrativa. La apuntada idea, sin embargo, encuentra también su réplica, por lo que se encuentra lejos de considerarse una idea exenta de polémica. La doctrina jurisprudencial conforme a la que se deja atrás la apuesta por la vertiente dura de la jurisdicción revisora implica que los órganos jurisdiccionales podrán practicar pruebas en la vía judicial, aunque hayan sido objeto de práctica en la vía administrativa, y otorgándoles un diferente valor al que se otorgó en aquella⁸⁶³. Esta concepción (aplicada en gran parte por los juzgados y tribunales) puede suponer un verdadero contrapeso a la idea de la alta fuerza del expediente administrativo que vengo defendiendo, aquí y en páginas anteriores. Pero es indudable que en la práctica judicial ordinaria se viene otorgando un gran valor a lo practicado en la vía administrativa y, por lo general, si ninguna de las partes lo discute, se suele dar por válido, sin perjuicio de la necesaria apreciación –“desvinculada” de la vía administrativa– del juez cuando así se desprenda del material probatorio (nuevo o no), para preservar la armonía de la propia institución de la Administración de Justicia.

Y, en segundo lugar, tal y como ya he tenido la oportunidad de señalar, en especial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la acreditación de los hechos (prueba) es todo un hándicap de la institución, ya que se erige como la principal causa de desestimación de las reclamaciones. Ello, junto con la precaución propia del que diligentemente busca la consecución de sus intereses, sin la asunción del riesgo de apostar todo en la vía judicial (ante una posible inadmisión de

⁸⁶¹ Se trata de una idea que nuestro TS viene repitiendo desde su sentencia de 22 de enero de 2000 (ROJ 289/2000), Ponente: José Mateo Díaz, y que consiste en lo siguiente: “[l]a carga de la prueba es un concepto no demasiado perfilado en el proceso contencioso, que se limita a ser tributario de la doctrina civilista, nacida de los artículos 1214 y siguientes del Código Civil. La importancia del expediente administrativo en nuestra jurisdicción explica la falta de relevancia de este tema. La carga de la prueba, paradójicamente, tiene interés solo cuando hay falta o ausencia de prueba de hechos relevantes”. Una idea que se ha venido repitiendo durante prácticamente las dos décadas que han transcurrido después de su primera formulación en sentencias como, por ejemplo, las SSTs de 14 de mayo de 2015 (ROJ 2033/2015), Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat; o de 12 de julio de 2017 (ROJ 2923/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

⁸⁶² Algo que la doctrina, con Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, pág. 1711, en la cabeza, ha lamentado enérgicamente, puesto que, según la autora, la carga de la prueba es una cuestión muy importante.

⁸⁶³ César TOLOSA TRIBIÑO, “El valor probatorio del expediente administrativo”, *op. cit.*, págs. 211 y 212.

pruebas), provoca que la vía administrativa tenga un peso determinante y que los interesados deban aplicarse con suma diligencia en lo referente a la prueba.

B. Sistema general de carga probatoria en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

La configuración general del procedimiento administrativo común se encamina hacia un sistema de equilibrada distribución probatoria, en el que se trata de otorgar una similar carga tanto a la Administración como a los interesados en cuanto a la acreditación fáctica⁸⁶⁴, por tanto, parece que en línea similar a cómo lo regula la LEC⁸⁶⁵. El artículo 77.2 LPAC prevé la apertura de un período de prueba para aquel supuesto en el que la Administración “no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados”, período en el que tanto aquella como éstos pueden proponer la práctica de cuanta prueba “juzgue pertinente”. Ahora bien, como indicaré, el equilibrio en la distribución probatoria se encuentra lejos de ser una cuestión pacífica en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, pese a lo dispuesto en el art. 77.2 LPAC.

Para comenzar, cabe destacar la alta heterogeneidad de los procedimientos administrativos, que son tan distintos como los propios ámbitos de la actividad administrativa. Ello implica la adaptación de ciertas reglas (como es la carga de la prueba) a la naturaleza del procedimiento, que, a su vez, dependerá de la materia de qué trate. Regla que, encuentra aún más presencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por ser una materia susceptible de aparecer en cualquier ámbito sectorial de la actividad administrativa.

Pero por lo general, una de las clasificaciones que puede hacerse de los procedimientos es diferenciar entre aquellos de naturaleza inquisitiva, que se inclinan más hacia la atribución a la Administración del deber de probar (como por ejemplo los procedimientos sancionadores⁸⁶⁶); y los de naturaleza dispositiva, en los que las partes deben acreditar aquellas circunstancias que le favorecen (como, por ejemplo, *a priori*,

⁸⁶⁴ Ángela MANZANO SALCEDO, *La prueba en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 11.

⁸⁶⁵ El art. 217.2 LEC establece, también como regla general, que corresponde al actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, lo que sería el *tema probationis*, y corresponde al demandado la carga de probar los hechos que “impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos” relativos al tema objeto de prueba. Debe entenderse por tema objeto de prueba aquel asunto principal que debe discutirse, sin perjuicio de la existencia de otros que tienen una naturaleza más accesoria.

Sobre este precepto, apunta Carlos PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso-administrativo”, *op. cit.*, pág. 64, que hoy en día “se acepta generalmente la regla según la cual cada parte ha de soportar la carga de la prueba del supuesto fáctico de la norma que le es favorable”.

⁸⁶⁶ José GARBERÍ LLOBREGAT y Guadalupe BUITRÓN RAMÍREZ, “La tramitación del procedimiento administrativo sancionador en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común. La prueba en el procedimiento administrativo sancionador (artículos 77 y 78)”, en el libro coordinado por los mismos autores, *El procedimiento administrativo sancionador*, *op. cit.*, consulta electrónica.

es el procedimiento de responsabilidad patrimonial)⁸⁶⁷⁸⁶⁸. Si bien esta podría ser una clasificación de aplicación general, la casuística (ante la falta de una clara regulación) nos ha enseñado que las diversas vicisitudes provocan que sentar una regla normativa clara sea un ejercicio mental un tanto superfluo.

De esta manera, al margen de las cuestiones previas, en sede de responsabilidad patrimonial se rescata una idea más bien contraria al principio inquisitorio y más cercana al principio dispositivo⁸⁶⁹, lo que permite decir que, como regla general, será el reclamante el que tenga atribuida la carga de probar la existencia de los presupuestos anteriormente enunciados (STS de 16 de marzo de 2010, entre otras)⁸⁷⁰. En cuanto a dichos presupuestos, éstos son básicamente el relativo a la existencia de una lesión jurídica y del nexo de causalidad, o, lo que es lo mismo, a los presupuestos positivos de carácter fáctico. No así a los negativos, como la existencia de fuerza mayor, prueba que

⁸⁶⁷ Segismundo ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo...”, *op. cit.*, pág. 65, explicaba que por lo general en el procedimiento administrativo dominaba el principio inquisitivo, situación en la que es la autoridad administrativa a la que le correspondía dirigir el procedimiento e indagar y determinar los hechos. Por el contrario, según el propio autor, de conformidad con el principio dispositivo (regente del proceso civil) son los interesados los que deben probar sus alegaciones. Sin embargo, esta percepción en la actualidad se ha matizado mucho, hasta el punto de que se ha invertido la tendencia.

De este modo lo explica también la STS de 14 de noviembre de 2017 (ROJ 4006/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

⁸⁶⁸ Así, conviene advertir que, tal y como apuntan Eladio ESCUSOL BARRA y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Derecho procesal administrativo. Procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, pág. 134, siguiendo a Ramón Parada Vázquez, que las reglas de atribución de prueba no pueden tener un carácter homogéneo para todos los procedimientos administrativos.

⁸⁶⁹ Lo que, de hecho, parece conformarse como regla general en el procedimiento administrativo, tal y como explican Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 527.

⁸⁷⁰ STS de 16 de marzo de 2010 (ROJ 1252/2010), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina, recuerda al recurrente que no cabe reconocer la responsabilidad patrimonial al tiempo que éste no ha acreditado la relación de causalidad entre funcionamiento y lesión, pues le corresponde dicha obligación al reclamante de la indemnización.

En este sentido la doctrina también es clara con la atribución, como regla general, de la carga de la prueba en el procedimiento de responsabilidad patrimonial al reclamante, véase así, Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*; Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *loc. cit.*; o Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 179; Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 211; o M^ª Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1096.

De igual modo viene apuntándolo la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya que tiene dictaminado que es el reclamante el que debe probar la existencia de aquello que ocasiona el daño y su imputabilidad a la Administración, siguiendo el artículo 217 de la LEC, siendo así que “no es procedente la indemnización si no se acredita la existencia del nexo causal entre el hecho ocurrido y el daño que se deriva, correspondiendo la carga de la prueba al administrado, aunque sea para mostrar indicios de razonabilidad”. Véase, por todos, el Dictamen de 17 de mayo de 2018, núm. 89/2018, Ponente: Joan Pagès i Galtés.

Ha de tenerse en cuenta que, además, el procedimiento de responsabilidad patrimonial es un procedimiento que, si bien puede iniciarse tanto de oficio como a solicitud del interesado, lo habitual es que se inicie de la segunda de las formas, y, por tanto, al tratarse de un procedimiento por el que el solicitante pretende la obtención de un derecho lo natural en cuanto a la aplicación análoga del art. 217 LEC al procedimiento es que se le atribuya a éste la carga de probar, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá.

le será atribuida a la Administración o terceros, en tanto en cuanto se trata de una causa de exoneración de su responsabilidad y, por tanto, susceptible de favorecerles⁸⁷¹.

C. El papel del instructor ante la duda sobre lo alegado por el reclamante: en especial, la inversión de la carga de la prueba con base en el principio de la facilidad probatoria

Que el art. 77.2 LPAC prevea la apertura de un período de prueba para aquel supuesto en el que la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, exige el planteamiento de dos cuestiones un tanto difusas. En primer lugar, corresponde cuestionarse si el precepto obliga al órgano instructor a abrir el período de prueba cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, es decir, si es obligatorio o vinculante dicha apertura y no una mera posibilidad. La doctrina suele ser clara sobre este extremo. De este modo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ apuntan a que “la simple contradicción sobre los hechos obliga, pues, a practicar las pruebas necesarias para determinar con exactitud los que hayan de tomarse como base para la resolución”⁸⁷². Ahora bien, la jurisprudencia matiza esta afirmación.

En el marco de la doctrina relativa a la inadmisión de la prueba en vía administrativa, y siempre que nos encontremos ante procedimientos no inquisitivos (como es el caso del procedimiento de responsabilidad patrimonial), los juzgados y tribunales subrayan el amplio margen de maniobra del órgano instructor para decidir sobre el trámite de prueba y, consecuentemente, el reconocimiento de que “la prueba no es un trámite preceptivo para el instructor”⁸⁷³, a pesar de la literalidad del art. 77.2 LPAC. En mi opinión, esta interpretación sería errónea para el caso en el que “no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados” ya que el tono imperativo del precepto (“acordará”) hace innecesario cualquier debate sobre tal preceptividad, siendo que, de lo contrario, por tanto, si el órgano instructor no abre un periodo de prueba, significaría que la Administración *tiene por ciertos* los hechos alegados por los interesados, y tácitamente, estaría reconociéndolos⁸⁷⁴. No plantea problemática alguna

⁸⁷¹ Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 21 de la versión electrónica.

⁸⁷² De igual modo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 526. De igual modo, Isidro DE ARCENEGUI, “La carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo”, en la obra colectiva coordinada por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1525.

Por su parte, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág., 236, si bien se posiciona en el sentido apuntado, señala –siguiendo a la profesora BARRERO RODRÍGUEZ– que el interés público presente en el procedimiento administrativo obliga a “acordar y efectuar de oficio cuanta actividad estime pertinente al efecto de garantizar el acierto en la resolución”.

⁸⁷³ En este sentido véase las SSTs de 21 de marzo de 1997 (ROJ 2111/1997), Ponente: Rafael Fernández Montalvo, o de 26 de junio de 2012 (ROJ 4493/2012), Ponente: Segundo Menéndez Pérez. Así como las SSTSJ de Cataluña de 21 de enero de 2014 (ROJ 356/2014), Ponente: María José Moseñe Gracia; o de 20 de marzo de 2018 (ROJ 3170/2018), Ponente: Rafael Villafañez Gallego.

⁸⁷⁴ Ahora bien, alguna resolución judicial, como por ejemplo la STSJ de Madrid de 20 de enero de 2014 (ROJ 92/2015), Ponente: Margarita Encarnación Pazos Pita, ha manifestado que la no tramitación procedimental (y, por tanto, la falta de apertura de práctica de prueba simplemente porque la Administración opta por la callada) no presupone una admisión tácita de los hechos, de manera, por tanto,

la segunda de las opciones que tiene el órgano instructor, “cuando la naturaleza del procedimiento lo exija”, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Como ya he tenido la ocasión de apuntar, la prueba es uno de los elementos esenciales del mismo, y, por tanto, siempre va a ser recomendable la apertura de un período de prueba, a no ser que todo quede debidamente acreditado con la documentación aportada por el interesado en su solicitud de iniciación y la Administración o los terceros no la discutan⁸⁷⁵.

Ahora bien, no queda nada claro a partir del art. 77.2 LPAC si la Administración también tiene una obligación *de aportar prueba* de los hechos en aquel momento en el que “no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados”, siendo que, si no la tiene, como mucho deberá abrir un período de prueba y simplemente esperar más elementos probatorios que fortifiquen las alegaciones del reclamante. Si a lo anterior nos atendemos, la respuesta de la jurisprudencia, *a fortiori*, sería negativa. Pero tratándose del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la situación cambia, o, al menos, debería cambiar. El ámbito del derecho de daños se encuentra inmerso en una asimetría entre el poder probatorio del autor del daño y el de la víctima, que se ve incrementada cuando el autor es la Administración (o un tercero dependiente). Ello implica que, a través de la conocida técnica de la *inversión de la carga de la prueba*, deba obligarse al sujeto que se encuentra en mejor posición para demostrar determinados hechos a aportar al expediente administrativo todos aquellos medios probatorios que estén a su alcance⁸⁷⁶. De este modo, siguiendo a BAUZÁ MARTORELL, no debería seguir

que “el silencio no implica el reconocimiento de los hechos alegados en la reclamación cuya desestimación presunta se impugna, de modo que el silencio de la Administración no altera la carga de la prueba que incumbe a la recurrente”. La razón de ello radica en el hecho de que el interesado pudo haber practicado cuanta prueba hubiese considerado pertinente en el proceso contencioso-administrativo, lo que se traduce, en una cierta conducta de desnaturalización de los trámites del procedimiento por parte de los tribunales cuando optan por dicha solución.

⁸⁷⁵ De hecho, lo habitual es que la Administración, ya sea de oficio o a instancia del interesado, acuerde la apertura de un período de prueba. Así he podido comprobar en un análisis del cuerpo doctrinal emitido por la Comissió Jurídica Assessora entre los años 2015 a 2018, siendo que se deniega la apertura de período de prueba en la vía administrativa en escasas ocasiones, como por ejemplo cuando la Administración no discute los hechos alegados (y documentados) por los interesados en su escrito de reclamación. Pero una cosa es que no se discuta dichas alegaciones y otra que las mismas tengan una materialización de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad patrimonial. Porque, aunque no se obsten los hechos, ello no impide a que la Administración vea una falta de los requisitos necesarios para su existencia (*p. ej.*, que no existe lesión alguna o que se encuentre ante una ruptura de la relación de causalidad).

La SAN de 26 de mayo de 2014 (ROJ 2371/2014), Ponente: Fernando Luis Ruiz Piñeiro, negó vulneración de los derechos procedimentales del reclamante que alertaba de la falta de apertura de período de prueba alguno e incluso la falta absoluta de instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial. La resolución explicaba que la Administración (en concreto, AENA) dio por buenas las explicaciones fácticas recogidas en el escrito de reclamación del interesado, pero, aun así, consideró que no existía relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, una tramitación que es respetuosa con los derechos de los interesados.

⁸⁷⁶ Cuestión diáfana explicada por Felio José BAUZÁ MARTORELL, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Civitas-Thomson, Madrid, 2017, págs. 56 y 57. El autor pone de manifiesto que “la casuística da lugar a que el beneficiario de una prueba –la víctima– no se encuentre en condiciones para aportarla porque la misma se halla en el ámbito de influencia del autor material del

apuntándose como regla general que al reclamante le incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y de ahí que, en el ámbito procesal, se haya inventado “una suerte de distribución dinámica de la carga de la prueba, cuyo eje se desplaza del demandante al demandado en función de las circunstancias”⁸⁷⁷. La adopción de lo anterior no sería otra cosa que una integración generalizada del criterio de facilidad probatoria en el procedimiento administrativo para modular la carga de la prueba en función de quién la tenga más a su alcance. Criterio según el cual el sujeto más próximo a la prueba es el que debe(ría) demostrar.

La doctrina de la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de facilidad probatoria tiene una holgada aceptación general por la jurisprudencia. De esta manera lo explica el TS, el cual ha subrayado la entrada en juego de la misma en el momento en el que a la Administración le es exigible una mayor diligencia de aportación de documentos en aquel momento en el que, en el marco del proceso, se echan en falta *informes o documentos existentes* (disponibilidad probatoria) y que ella podía aportar por *estar en su posesión* (facilidad probatoria); pero no aquellos inexistentes, que tendrían una consideración, por tanto, de indisponibles⁸⁷⁸. Dicha situación se produce, a modo de ejemplo, cuando falta la historia clínica (STS de 2 de enero de 2012⁸⁷⁹) u otro tipo de documentos, como las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que la realizaron actuaron de forma correcta (STS de 2 de octubre de 2012⁸⁸⁰); o simplemente cuando ante la provocación de un daño, la Administración no es capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido (STS de 26 de abril de 2018⁸⁸¹).

Ahora bien, no se invierte la carga de la prueba de forma automática ante la mera falta de aportación de pruebas ya que, si el tribunal puede formar su convicción por otros medios, como de la valoración del conjunto probatorio o integración de pruebas, y llegar a la conclusión de que ha existido, por ejemplo, culpabilidad en la actuación administrativa, no tiene por qué declararse la responsabilidad patrimonial por aplicación del principio de facilidad probatoria. Las reglas de la distribución de la carga probatoria se aplican cuando, al tiempo de la formación de la voluntad del órgano decisor, este considera dudosos hechos relevantes para la decisión (STS de 8 de marzo de 2011⁸⁸²).

D. El deber de la Administración de aportar al procedimiento administrativo las pruebas que obren en su poder

daño. Y en este fundamento descansa la tutela judicial efectiva, porque –de no exigirse la aportación de la prueba al demandado– el demandante tendría vedada la posibilidad de resarcirse del daño”.

⁸⁷⁷ Felio José BAUZÁ MARTORELL, *La presunción de culpa en el funcionamiento...*, *op. cit.*, pág. 57.

⁸⁷⁸ STS de 20 de noviembre de 2012 (ROJ 7395/2012), Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

⁸⁷⁹ STS de 2 de enero de 2012 (ROJ 4/2012), Ponente: Enrique Lecumberri Martí.

⁸⁸⁰ STS de 2 de octubre de 2012 (ROJ 6504/2012), Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

⁸⁸¹ STS de 26 de abril de 2018 (ROJ 1697/2018), Ponente: José Juan Suay Rincón. El presente caso ya fue objeto de análisis en el presente trabajo, dentro del epígrafe correspondiente a la prueba de la relación de causalidad, al que me remito para mayor abundamiento.

⁸⁸² STS de 8 de marzo de 2011 (ROJ 871/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

Por último, debe diferenciarse entre aquellos supuestos en los que estrictamente nos encontramos ante la inversión carga de la prueba y aquellos otros en los que más bien se matiza la carga probatoria, pero no se invierte en sentido estricto. La Administración está obligada a aportar la prueba que pueda estar en su poder al procedimiento administrativo, aunque este sea iniciado a solicitud del interesado y, por tanto, se aplique –*strictu sensu*– el régimen de la carga de la prueba general, esto es, el deber de probar los hechos por quien reclama (STS de 26 de octubre de 2003)⁸⁸³.

Dicha cuestión es poco controvertida, ya que precisamente la figura de la inversión de la carga probatoria provoca que antes de ser aplicada (entendamos que ésta se aplica de forma estricta solo en el proceso judicial, como una especie de penalización de la falta de prueba cuando a un sujeto determinado le correspondía probar), la Administración, naturalmente, ha de realizar todos los actos para determinar, conocer y comprobar los hechos en virtud de los que deba pronunciarse. Y precisamente, en virtud del principio de facilidad probatoria, le corresponde la carga de aportar aquellos elementos de prueba que estén en su poder⁸⁸⁴.

Es ilustrativa de esta tesis la doctrina jurisprudencial que el Alto Tribunal español ha venido desarrollando con ocasión de la ausencia por pérdida o extravío de documentos esenciales por parte de la Administración que sirven para la correcta averiguación de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial. Al respecto, se ha subrayado –en una manifestación más de la aplicación de las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria a un supuesto concreto– que dicho extravío documental no puede beneficiar al causante (o responsable) de la misma, de forma que en el momento en el que exista constancia del daño causado a los interesados “resulta a cargo de la

⁸⁸³ María Isabel CADENAS GARCÍA, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1099, explica la aplicación por parte del TS de las matizaciones de la regla general de la carga de la prueba, destacando a que la Administración tiene el deber de aportar aquella prueba que se encuentre en su poder y que sea relativa a las alegaciones de los interesados. Y así lo ha manifestado expresamente la STS de 27 de octubre de 2003 (ROJ 6604/2003), Ponente: Eduardo Espín Templado, que apuntó a que, sin que suponga invertir la carga de la prueba y considerar que pesa sobre la Administración el deber de acreditar determinados hechos, “ello no obsta a que la Administración deba aportar la documentación que pudiera obrar en los archivos administrativos”.

⁸⁸⁴ Ha de tenerse en consideración que la carga de la prueba no es, así, una obligación procedimental (o procesal) alguno, en su sentido más estricto. Tal y como apunta María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 234, la inobservancia de dicha regla “solo” acarrea la consecuencia perjudicial de la falta de obtención del beneficio que podría conseguirse de haberla observado. No implica así un “ilícito jurídicamente reprochable” ni sancionable en sentido de, por ejemplo, conllevar aparejado efecto invalidante alguno (nulidad o anulabilidad).

De este modo, el efecto (evidentemente negativo) de la falta de actividad probatoria en este supuesto sería aún peor que llevar atajado una posible causa de invalidez de actos administrativos. Porque dicho efecto jugaría sus bazas directamente sobre el fondo del asunto, o, lo que es lo mismo, sobre el tema principal de la decisión. Tal y como señala Felio José BAUZÁ MARTORELL, *La presunción de culpa en el funcionamiento...*, *op. cit.*, pág. 57, y sin perjuicio de los matices que pueda tener dicha afirmación, el hecho de no presentar la prueba cuando se produce la inversión de la carga probatoria “puede considerarse la base de una presunción judicial”. Ello implica que en sede de responsabilidad patrimonial se tenga por demostrado (aún sin mediar prueba directa sobre ello) algún requisito de la misma, como sucede habitualmente con el nexo de causalidad o contra la antijuridicidad, tal y como he ejemplificado en el epígrafe anterior.

Administración la prueba de que ajustó su actuación de la *lex artis*”, ya que es a ella a la que le correspondía custodiar los documentos o registros desaparecidos⁸⁸⁵. Lo anterior no es más que la presunción de conculcación de la antijuridicidad del daño, no por haber errado en la aplicación de la ciencia médica en sentido estricto, sino por la vulneración de un deber complementario que sirve, a modo de inicio, para presumir la responsabilidad: la deficiente gestión documental.

Pese a lo apuntado, no estaría de más que la LPAC recogiera expresamente el deber de la Administración de aportar las pruebas que tenga al procedimiento administrativo, tal y como ya tuvo ocasión de apuntar el Consejo de Estado, para así evitar la disparidad de las interpretaciones judiciales (que en este terreno son muy proclives, al depender mucho de las circunstancias concretas de cada caso) con la finalidad de fortalecer la seguridad jurídica⁸⁸⁶.

5. LA SECUENCIA DEL TRÁMITE PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A. La doble posibilidad de abrir el trámite de prueba

La LPAC, en su artículo 77.2, prevé que el trámite de prueba se abrirá, de *forma ordinaria* (con una duración de entre diez y treinta días), si se dan algunos de los dos siguientes presupuestos: (1) o bien cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados; (2) o bien cuando la naturaleza del procedimiento lo exija. De otro lado, el citado precepto también prevé la posibilidad de apertura de un *período extraordinario* de prueba cuando así se lo pidan los interesados y, junto con ello, el instructor lo considere necesario.

a) El período ordinario de prueba

En relación con el período ordinario de prueba, este será de apertura “obligatoria” para la Administración, en primer lugar, cuando no tenga por cierto lo alegado por los interesados. Según BARRERO RODRÍGUEZ, ello implica que “la Administración ha de cumplir siempre que existan datos aportados por los interesados de cuya certeza dude”, cualquiera que haya sido la modalidad de iniciación del procedimiento y con independencia de si ha mediado petición expresa en este sentido del interesado o no⁸⁸⁷. Ahora bien, como ya he tenido ocasión de apuntar en el anterior

⁸⁸⁵ Doctrina que se recoge, por todas, en la STS de 6 de mayo de 2015 (ROJ 2135/2015), Ponente: Jesús Cudero Blas. El tribunal apuntó a la “inexistencia de cualquier soporte documental que determine la frecuencia cardíaca fetal” durante el período en el que la paciente estuvo en el hospital con anterioridad a la cesárea. En concreto, se extravió –curiosamente, después de presentada la reclamación de responsabilidad patrimonial– una partograma, la historia clínica y la hoja de protocolo de la intervención.

⁸⁸⁶ La *Memoria del Consejo de Estado del año 2008*, pág. 187, citada por Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 151 y 152, concluyó que “sería conveniente modificar el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, abordando un tratamiento uniforme y completo de la carga de la prueba, así como del deber de la Administración de aportar datos, documentos e informaciones que obren en su poder”.

⁸⁸⁷ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1692 y 1693.

epígrafe, la jurisprudencia viene a subrayar la falta de preceptividad del trámite de prueba para el órgano instructor, con una doctrina un tanto ambigua. Dicha doctrina es configurada, por lo general, a partir de dos ejes (que, en mi opinión, pecan de contradicción entre ellos): primero, viene a decirse que el trámite probatorio se supedita a la existencia de puntos de duda (“siendo lógico que sea la Administración quien valore si tales dudas o lagunas concurren y si es precisa la prueba para disiparla”); y segunda, que la prueba no es obligatoria para el mismo⁸⁸⁸. Incurrir en contradicción esta solución en tanto en cuanto, primero se apunta a una supeditación del trámite de prueba a la existencia de duda sobre los hechos y después indica (y resuelve) que el instructor tiene un amplio margen para decidir sobre la duda, con lo que, acaba concluyendo, que no se trata de un trámite preceptivo.

Pero dado que el verbo “supeditar” implica subordinar una cosa a otra, o, dicho de otro modo, condicionar algo al cumplimiento de otro, implica que siempre que exista una duda, la apertura del trámite de prueba deberá ser obligatoria, preceptiva. Con lo que, si la Administración a pesar de dudar o, directamente, no creer lo alegado por el interesado, cercena a este de la fase de prueba estaría obviando un trámite preceptivo. De este modo, no tendría cauce para resolver que el interesado no ha probado, por ejemplo, la relación de causalidad o la antijuridicidad del daño si previamente hubieran obviado lo dispuesto en el art. 88.2 de la LPAC. Con esta conducta se menoscabaría el llamado *derecho a la defensa*⁸⁸⁹, siendo que su efecto natural sería invalidar dicha actuación por vía del artículo 48.2 de la LPAC (anulabilidad por indefensión). Como oasis a la teoría anterior conforme a la no obligatoriedad de apertura del trámite probatorio, cabe citar la SAN de 11 de mayo de 2012, que conocía de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que llevó a la Sala a manifestar que “el expediente administrativo no constituye un ejemplo de tramitación”⁸⁹⁰. La afirmación encontraba

También observan la obligatoriedad del órgano instructor a abrir un período de prueba en el caso que exista desacuerdo entre la Administración y el interesado sobre el relato fáctico, César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 218; Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 158; o Dolores CANALS AMETLLER, “La prueba en el procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 295.

⁸⁸⁸ STS de 5 de noviembre de 1996 (ROJ 6122/1996), Ponente: Antonio Martí García. A continuación, para facilitar la observancia de la literalidad de la resolución, transcribo el párrafo relativo a aquella: “[e]n cuanto a la prueba, contra lo que sostiene la sociedad demandante en su escrito de demanda, no es un trámite preceptivo para el órgano instructor, de modo que su falta pueda producir la nulidad de lo actuado (...). Del propio tenor literal del artículo (88.2 de la entonces LPA, que tiene un contenido idéntico al actual 77.2 LPAC), se desprende la supeditación del período probatorio, como es obvio y palmario, a la existencia de puntos de duda que haya que esclarecer siendo lógico que sea la Administración quien valore si tales dudas o lagunas concurren y si es precisa la prueba para disiparlas”. El texto en cursiva es mío.

Una doctrina que se viene repitiendo por la jurisprudencia en sentencias como la STS de 28 de abril de 2000 (ROJ 3571/2000), Ponente: Juan José González Rivas, o, más recientemente, la STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2018 (ROJ 3170/2018), Ponente: Rafael Villafañez Gallego.

⁸⁸⁹ Así lo defiende también Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *loc. cit.*, que apunta a que esta interpretación jurisprudencial “puede terminar, si no se aplica en sus justos términos, por resultar contraria al derecho a la defensa de los interesados en el procedimiento, así como al propio tenor literal de la norma que no establece más condiciones para la apertura del trámite que la de la discrepancia en los hechos”.

⁸⁹⁰ SAN de 11 de mayo de 2012 (ROJ 2132/2012), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

justificación en la razón de que, entre otras irregularidades procedimentales, el órgano instructor no acordó el recibimiento del procedimiento a prueba pese a que la propia Administración no tenía por ciertos los hechos alegados por la interesada, en especial, en lo que se refería a “la imputación de la Administración por las deficiencias en las dimensiones del servicio como causa de los daños padecidos”. Este hecho impulsó a la AN a apuntar al incumplimiento del entonces vigente art. 80.2 LRJPAC (el ahora 77.2 LPAC), lo que, en conjunto con otras irregularidades procedimentales (falta de notificación de la iniciación procedimental y falta de concesión del trámite de audiencia), determinó la anulabilidad del procedimiento y, consecuentemente, se ordenó la retroacción de las actuaciones⁸⁹¹.

Si bien esta debiera ser la solución general –previa la acreditación de la indefensión real que se exige en el art. 48.2 LPAC– del simple repaso jurisprudencial se puede observar que la declaración de irregularidades procedimentales invalidantes, lamentablemente, se encuentra lejos de ser una postura natural ante la falta de apertura de un período probatorio cuando la Administración no da por bueno lo expuesto por el reclamante. Dicha solución desnaturaliza el procedimiento hasta el punto de provocar su completa inutilidad porque, conforme a ello, lo que realmente cuenta es la prueba que se pueda practicar en vía judicial y ningún sentido tendría el procedimiento (a pesar de la voluntad de completitud probatoria de la LPAC, de la relevancia probatoria calificada del expediente administrativo, etc.). Pero tampoco es justa por sí misma la solución de anular (en vía judicial) y retrotraer las actuaciones al procedimiento administrativo sin mediar, al menos, condena en costas⁸⁹². Pero esta es otra batalla (de *lege ferenda*) porque la condena en costas por victoria parcial es, más bien, excepcional (art. 139.1.2 de la LRJCA)⁸⁹³.

Ahora bien, téngase en cuenta que en los procedimientos administrativos de carácter inquisitivo, como es el procedimiento sancionador, es un tanto más habitual localizar resoluciones judiciales que reprochen la falta de recibimiento del procedimiento a prueba, como, a modo de ejemplo, hace la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013 (ROJ 3624/2013), Ponente: Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, que de forma inequívoca manifiesta que “debe rechazarse el carácter discrecional del recibimiento del procedimiento administrativo a prueba como afirma el Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Madrid. La administración no puede denegar a su voluntad el recibimiento del pleito a prueba, pues ello afectaría al derecho a la tutela judicial, dentro del que se encuentra el derecho a practicar la prueba pertinente para su defensa (...)”.

⁸⁹¹ Por sí misma esta solución tampoco tiene, en mi opinión, un justo desenlace. A pesar de la multitud de irregularidades procedimentales causantes de indefensión material (tal y como apunta la sentencia), a continuación, no prevé condena en costas alguna a la Administración por no apreciarse, según la Sala, temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes. Ello debe invitar a la reflexión, en tanto en cuanto el reclamante se ve obligado a litigar (con el coste que eso supone) por la inobservancia grave de tramitar correctamente un procedimiento, cuyas actuaciones retrotrae. Por tanto, entre la primera tramitación, la vía judicial y la segunda tramitación, procedimental (que trae causa en la retroacción ordenada judicialmente), el interesado se ve inmerso en una farragosa y costosa ida y vuelta litigiosa para seguramente acabar –como en la mayor parte de los casos– de nuevo en la vía contencioso-administrativa por razones de fondo.

⁸⁹² *Ídem*.

⁸⁹³ Véase, en este sentido, César CIERCO SEIRA, “Las costas procesales y las tasas judiciales”, en la obra colectiva coordinada por Antonio EZQUERRA HUERVA y Javier OLIVÁN DEL CACHO, *Estudio de la ley de la jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 1093 a 1100.

En segundo lugar, la Administración también tiene la obligación –con la ley en la mano– de recibir el procedimiento a prueba cuando “la naturaleza del procedimiento lo exija”. Pero la LPAC nada más menciona sobre qué se debe entender por la naturaleza del procedimiento y tampoco la jurisprudencia ha aclarado dicho precepto, con lo que, no disponemos de parámetros interpretativos al respecto⁸⁹⁴. De este modo, tal previsión se encamina a ser un concepto jurídico indeterminado. En lo que respecta el procedimiento de responsabilidad patrimonial entiendo que la LPAC lo ha configurado con la intención de que queden fijados todos los extremos fácticos susceptibles de ser relevantes para la decisión final (*vocación de completitud probatoria del procedimiento*)⁸⁹⁵, una decisión que, de conformidad con el art. 91.2 LPAC, deberá pronunciarse sobre la existencia de los presupuestos fácticos de la institución (si existe nexo causal, valoración del daño, etc.). Y ello no implica otra cosa que tener clara la información recogida en el proceso de formación de la voluntad, la fase de instrucción, a la que se llega, en virtud de los principios de oficialidad y contradicción (arts. 71 y 75.4 LPAC), a través del recibimiento del procedimiento a prueba. Por este orden de cosas, sería innecesaria la apertura del período de prueba cuando la Administración no cuestione la relación fáctica alegada por el interesado cuando solo dicho interesado y la propia Administración se encuentren en la *litis*. Ahora bien, dado que el procedimiento de responsabilidad patrimonial tiene el carácter de procedimiento complejo, porque en él pueden coexistir múltiples intereses contrapuestos (los del reclamante o reclamantes y de los terceros intervinientes), la *vocación de completitud probatoria* justificaría que precisamente sea esta *naturaleza compleja* –por la multitud de intereses, ya sean contrapuestos o meramente matizados– la que provoque la obligatoriedad de la Administración de abrir la fase probatoria, incluso en el caso de que ella misma tenga por ciertos los hechos del reclamante. Aunque la Administración ni siquiera dude, ha de garantizar el principio de contradicción entre los interesados, porque, al fin y al cabo, la decisión administrativa les puede afectar. Dicha situación de pluralidad de interesados (con intereses contrapuestos o matizables), convirtiendo así el procedimiento de responsabilidad patrimonial en *complejo*, justificaría la obligatoriedad del órgano instructor de abrir el período de prueba porque la naturaleza del procedimiento lo exige. Esta última afirmación podría matizarse en aquellos supuestos en los que, de forma notoria, el procedimiento fuera de sencilla tramitación⁸⁹⁶.

b) El período extraordinario de prueba

El período extraordinario de prueba del procedimiento administrativo común regulado en el art. 77.2 LPAC no encuentra antecesor en el anterior art. 80.2 LRJPAC, siendo novedosa, pues, su incorporación general. Precisamente, este trámite

⁸⁹⁴ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, págs. 1693 y 1694, critica enérgicamente la falta de aclaración de este concepto por parte de la nueva LPAC, en lo que es una nueva oportunidad perdida sobre la parquedad de esta actividad procedimental.

⁸⁹⁵ Véase el capítulo 3 del presente trabajo.

⁸⁹⁶ Tal y como señala Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, pág. 1695, “si no existen hechos formalmente controvertidos o si la discrepancia puede dilucidarse y aclararse con pruebas que puedan practicarse, sin merma de las garantías del interesado, al margen del trámite, no será necesaria su apertura”.

extraordinario, encuentra su origen en el art. 9 del RPRP, por lo que, a pesar de su nueva incorporación en la ley procedimental, no es un trámite novedoso en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Según BARRERO RODRÍGUEZ, el sentido de la previsión encuentra una lógica explicación en el procedimiento de responsabilidad, ya que al interesado le viene impuesta la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad⁸⁹⁷. Y, en esencia, *a fortiori*, como he manifestado anteriormente –y debo insistir– se trata de un procedimiento que puede resultar complejo por la afluencia de interesados con intereses contrapuestos o matizados, lo que se traduce en la necesidad de abrir, casi siempre, un periodo de prueba incluso fuera del periodo ordinario.

Procede la apertura del período extraordinario cuando así lo pidan los interesados y, además de ello, el instructor lo considere necesario. Dos requisitos son, pues, los exigidos por el art. 77.2 LPAC. Por tanto, se puede deducir en este supuesto que el instructor, de apreciar que se trata de pruebas innecesarias o inútiles puede denegar libremente la apertura del período extraordinario, mientras que, si se trata de *pruebas objetivamente necesarias*, el rechazo de la apertura tendría el mismo tratamiento que el del período ordinario visto anteriormente⁸⁹⁸. Ahora bien, el tono no imperativo de la LPAC en este aspecto sugiere un margen mucho más amplio de decisión por parte del órgano instructor, con lo que, si en el anterior caso ya era complicado apreciar una verdadera mala tramitación, en este lo será aún más.

Ahora bien, el instructor, pese al amplio margen de apreciación de la existencia o no de otras *pruebas objetivamente necesarias*, no puede dejar de motivar la denegación de la apertura. Si el órgano actuante considera innecesarias las pruebas propuestas por el interesado, la denegación inmotivada de la apertura del período extraordinario de prueba se considera –con atinado criterio– por parte de la Comissió Jurídica Assessora (que reitera doctrina en su Dictamen de 18 de enero de 2018)⁸⁹⁹, una mala praxis administrativa. Ahora bien, el de la anulabilidad por esta mala tramitación naturalmente sería la retroacción de actuaciones. El órgano consultivo de la Generalitat de Catalunya diferencia entre aquellos casos en los que es necesaria o no necesaria tal retroacción. De este modo, de un lado, considera que es recomendable retrotraer el expediente cuando la denegación inmotivada recae sobre una prueba susceptible de tener relevancia, ya que se estaría ante un supuesto de indefensión del interesado. Por otro lado, la Comissió no aconseja la retroacción de las actuaciones –con base en razones de economía procesal– cuando del conjunto del expediente quede plenamente acreditada la existencia o inexistencia del hecho que pretende demostrarse mediante la prueba denegada. Por ejemplo, en el caso del Dictamen citado, enmarcado en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial por caída en la vía pública cuando circulaba en motocicleta, el interesado solicitó (vía período extraordinario de

⁸⁹⁷ Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, “Las pruebas”, *op. cit.*, pág. 1696.

⁸⁹⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 527.

⁸⁹⁹ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 18 de enero de 2018, núm. 11/2018, Ponente: Joan Pagès Galtés.

prueba) el interrogatorio de dos testigos más que presenciaron el accidente. La instructora denegó tácitamente la práctica de dicha prueba por considerar su inutilidad. Aunque la Comisión subrayó la mala praxis consistente en no motivar la falta de necesidad de la apertura del período probatorio, concluyó que la retroacción de las actuaciones no procedía debido a la existencia en el expediente las declaraciones de otros testigos que habían dado respuesta a lo mismo sobre lo que se interesaba que declarasen los dos nuevos testigos propuestos. Así, la Comisión concluye que “en la hipótesis más favorable para los intereses del reclamante, los dos nuevos testimonios no habrían hecho otra cosa que ratificar la versión dada por el primer testigo, lo cual coincide con la del mismo reclamante”, por tanto, “se debe entender que la práctica de la prueba no aportaría ningún nuevo dato relevante y, por tanto, sería una reiteración innecesaria que lo único que provocaría es prolongar injustificadamente el procedimiento”.

Finalmente, cabe decir que el período extraordinario de prueba es susceptible de apertura en cualquier momento del procedimiento que sea necesario (el art. 77.2 LPAC se refiere a “cuando sea necesario”), sin depender de límite temporal alguno, y sin perjuicio de que se deba realizar durante la fase de instrucción, ya que, su finalidad no es otra que la de determinar, conocer y comprobar los datos objeto de resolución, es decir, los elementos constitutivos de la responsabilidad (art. 75.1 LPAC)⁹⁰⁰. En consecuencia, la Administración no puede negar la apertura del período de prueba bajo la excusa de su supuesta extemporaneidad, a no ser, entiendo, que se haya superado el trámite de audiencia.

B. El derecho de los interesados a proponer la práctica de las pruebas

a) La facultad del interesado de proponer pruebas y su eventual rechazo por el instructor

Los interesados podrán, aparte de incorporar los elementos sobre los que versará la prueba en la reclamación, proponer al órgano instructor la práctica de prueba (nueva o no), así como, por ejemplo, el interrogatorio de diversos testigos, tal y como hemos visto anteriormente. Se puede definir, pues, a la petición de prueba, como aquella

⁹⁰⁰ STS de 12 de noviembre de 2015 (ROJ 4781/2015), Ponente: José Luis Requero Ibáñez, dejaba claro este margen, al apuntar que “[s]i en ese momento todo eran sospechas y conjeturas de un mal funcionamiento como posible causa del padecimiento, deberían haber accionado pues el artículo 6.1.2º del Reglamento del Procedimiento de la Administración sobre Responsabilidad Patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, solo exige para promover una reclamación que se especifique ‘la presunta relación de causalidad entre éstas [las lesiones] y el funcionamiento del servicio público’, lo que conlleva unos actos de instrucción ‘para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos’ objeto de la resolución”.

Así lo entendió también el antes citado Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 18 de enero de 2018, núm. 11/2018, Ponente: Joan Pagès Galtés, estableciendo que el interesado “puede solicitar un periodo de prueba extraordinario hasta cuando ha finalizado un procedimiento ordinario”, ya que el anterior art. 9 del RPRP hablaba (de igual modo que hace el art. 77.2 LPAC) de “cuando sea necesario”.

solicitud específica de prueba (acto de proposición) a través de la que el interesado requiere la utilización de un determinado y concreto medio de prueba⁹⁰¹.

Dicha petición podrá ser denegada *de forma motivada* por el órgano instructor, de acuerdo con el art. 77.3 de la LPAC, *cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias*. En este sentido, siguiendo a CIERCO SEIRA, el órgano instructor estaría realizando un control de *oportunidad* de la prueba, siéndole legítimo excluir aquellas pruebas inadecuadas o innecesarias en relación con el *thema decidendi*, aunque este deberá atender a criterios de precaución en la exclusión y, además, deberá hacerse mediante resolución (acto expreso) motivada⁹⁰².

La citada doctrina se resume en cuatro ideas que servirán de guía esencial respecto al tratamiento del derecho a proponer pruebas (pero, por extensión, también a todo el procedimiento probatorio, incluido el recibimiento a prueba o la práctica de estas). Entre otras, es menester citar la STC de 6 de junio de 2011 (que recoge jurisprudencia consolidada)⁹⁰³, según la cual: a) la prueba es un derecho fundamental de configuración legal según el cual, para entenderse lesionado será preciso que la prueba inadmitida se haya solicitado en forma y momento legalmente establecidos; b) es un derecho que no ostenta carácter absoluto, siendo que las pruebas propuestas han de responder a las notas de legalidad y pertinencia, pudiendo rechazarse aquellas que no cumplan con dichas notas; c) se exige motivación razonable por parte del órgano judicial (y, por tanto, también instructor) ante la denegación de pruebas, siendo posible la vulneración del derecho a la defensa cuando se inadmitan o dejen de practicar pruebas relevantes para la resolución sin mediar motivación o ésta resulte parca, arbitraria o irrazonable; d) no toda irregularidad en materia de prueba causará por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, sino solo cuando la prueba sea decisiva en términos de defensa⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 758.

⁹⁰² CÉSAR CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 218. La importancia que tiene, según el autor, el requerimiento de acto expreso cuando se rechace pruebas se sostiene sobre dos ejes: de un lado, el hecho de exigirse una resolución motivada, le permitirá al interesado conocer las razones y criterios de la Administración; y, en segundo lugar, la existencia de resolución expresa habilitaría la posible impugnación autónoma del acto cuando aquel cause indefensión.

⁹⁰³ STC de 6 de junio de 2011, núm. 80/2011, Ponente: Ramón Rodríguez Arribas. Esta sentencia reitera la doctrina constitucional que se recoge, entre otras, en las SSTC de 11 de mayo de 2009, núm. 113/2009, Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez; o de 21 de julio de 2008, núm. 86/2008, Ponente: Elisa Pérez Vera.

⁹⁰⁴ Las anteriores sentencias exigen que “para que se produzca violación de este derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (...); y, por otro, la prueba denegada o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida”.

Asimismo, en relación con la exigencia del interesado de justificar la indefensión sufrida, afirma el TC que ésta se proyecta en un doble plano: “por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; solo en

Incluso algún autor ha considerado que la anterior doctrina conforma una especie de regla *in dubio pro probatione*, según la cual, en caso de duda (sobre la pertinencia, se entiende) se desprende una obligación por parte del órgano instructor de admitir la prueba propuesta⁹⁰⁵. Pero independientemente de esto último, solución que creo sensata, la recepción de la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba (en concreto, su proposición) ha sido pacífica en el seno del TS, reiterando, como vengo diciendo, que la infracción del derecho a la prueba en tal sentido, provocará en el procedimiento administrativo un defecto de forma invalidante, y su natural efecto será el de la retroacción de las actuaciones⁹⁰⁶, aunque este tratamiento se deberá ponderar, en mi opinión, según el *juicio de necesidad* explicado en páginas precedentes con base en la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora. Pero siguiendo la línea de todos los trámites relativos a la prueba, en contadas ocasiones se ha procedido a otorgar dicho alcance invalidatorio⁹⁰⁷, siendo más habitual que los órganos jurisdiccionales entren a enjuiciar directamente el fondo del asunto, previo un breve recordatorio de que el interesado puede “subsana” la proposición de prueba en fase judicial.

b) La práctica de la prueba

Sin perder su esencia, la regulación sobre cómo deberá practicarse la prueba en el procedimiento administrativo contenida en la LPAC (art. 78) sigue con el marcado carácter simplista. Esto significa que la libre utilización de los medios de prueba contenida en el art. 77.1 LPAC se encuentra huérfana de traducción en la tramitación a seguir con el objetivo de hacer efectiva semejante declaración de voluntad (porque los hechos se acreditarán por cualquier medio de prueba admisible en Derecho)⁹⁰⁸. Este panorama deja un amplio margen a la interpretación del órgano instructor y, en el mejor de los casos, a su adaptación a la casuística jurisprudencial⁹⁰⁹.

tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional”.

⁹⁰⁵ Carlos PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso-administrativo”, *op.cit.*, pág. 98: “[d]el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se deriva un criterio favorable en caso de duda a la admisión de la prueba (*in dubio pro probatione*)”.

De este modo, considero la correctitud de la afirmación en tanto en cuanto no vendría a ser otra cosa que una interpretación ajustada al principio regente en esta materia (y aceptado como natural del procedimiento de responsabilidad patrimonial), que no es otro que *in dubio pro actione*, aceptado con creces en nuestro ordenamiento jurídico.

⁹⁰⁶ Una solución generalmente proporcionada en sede procesal, tal y como explica Carlos PALAO TABOADA, “La prueba en el proceso contencioso-administrativo”, *op. cit.*, págs. 92 y 93, pero aplicable en el caso de la vía administrativa, del modo en que vengo insistiendo en los epígrafes anteriores.

⁹⁰⁷ En este sentido, María Jesús GALLARDO CASTILLO, “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial”, *RAP*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006, págs. 229 a 233. La autora apunta que la doctrina del TC y TS (estudiada en las páginas anteriores) provoca la restricción interpretativa de la invalidez de las actuaciones por la inadmisión de la petición de prueba.

⁹⁰⁸ Una situación que ha sido duramente criticada por Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las pruebas*, *op. cit.*, págs. 1699 a 1702, por no ofrecer la LPAC una regulación concreta sobre cómo han de practicarse las determinadas pruebas, lo que ha propiciado la aplicación de la LEC, solución, según la autora, muy insatisfactoria por las dificultades de la traslación –pura y simple– de aquellas normas al procedimiento administrativo.

⁹⁰⁹ De forma similar lo apunta Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, *Las pruebas*, *loc. cit.*, según la cual, “la actividad de acreditación de hechos que se desarrolla en el procedimiento administrativo, precisa de

Con respecto a lo sí previsto en el artículo 78, significaré tres cuestiones. En primer lugar, se impone a la Administración el deber de comunicar a los interesados con la suficiente antelación el inicio de las actuaciones necesarias para ejecutar la práctica de las pruebas admitidas (78.1). En segundo lugar, se prevén determinados requisitos formales que ha de cumplir dicha notificación: la consignación del lugar, fecha y hora de la práctica probatoria, además de la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan (78.2)⁹¹⁰. En tercer lugar, y, por último, se establece una regla en relación con los gastos de la práctica de la prueba, imponiéndoseles al interesado cuando a petición de éste deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos “que no deba soportar la Administración”⁹¹¹. En este supuesto, la Administración podrá exigir un anticipo, sin perjuicio de la liquidación definitiva una vez se haya practicado la prueba (78.3).

IV. LOS INFORMES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Los artículos 79, 80 y 81 de la LPAC regulan lo que se conoce como la actividad de consejo de la Administración, una actividad que es llamada a ilustrar, de forma externa, la formación de la voluntad administrativa. La manera concreta de proporcionar luz al entendimiento del órgano competente para resolver depende; de un lado, de la tipología del informe (ya que el campo del procedimiento administrativo presenta una diversidad que se traslada al ámbito de los informes); y, de otro lado, de la configuración legal de los determinados informes. Así, la LPAC divide la regulación entre los *informes de carácter general* (arts. 79 y 80), donde se establecen las reglas

una regulación atenta a sus propias características que la Ley de 2015 sigue, sin embargo, sin establecer, ante lo que la solución a las exigencias planteadas por la práctica de las distintas pruebas posibles habrá de seguir buscándose en las propias notas consustanciales a cada medio probatorio así como en las disposiciones y principios generales que rigen el procedimiento administrativo”.

⁹¹⁰ Cuanto a las dos primeras previsiones, señala Alberto PALOMAR OLMEDA, *El procedimiento administrativo, op., cit.*, consulta *electrónica*, que la presencia del interesado no es obligatoria en este punto (deducción lógica teniendo en cuenta que nada establece la LPAC en cuanto a ello y la inviabilidad de trasladar las soluciones procesales en este terreno) y que, además no existe una previsión específica que vele por la intervención de colectivos profesionales en materia de asesoramiento (*p. ej.*, abogados), lo que (en mi opinión) constituiría una adecuada solución, tal y como he defendido en otro sitio de este trabajo.

⁹¹¹ Determinar qué gastos no corresponde a la Administración es una de las tareas clave del intérprete jurídico en este sentido, ya que, debe tenerse en consideración que no se trata de una cuestión carente de importancia, porque los gastos de prueba, como dice Isabel GALLEGO CÓRCOLES, “Instrucción del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, págs. 1319 y 1320, pueden resultar cuantiosos (informes periciales, pruebas de laboratorio, certificaciones, etc.). De este modo, la autora clasifica la práctica de la prueba entre la posibilidad de que pueda ser practicada con los medios materiales de la Administración (a coste cero, donde el interesado no deberá atender los gastos) o no. Pero si es precisa la llamada a personal técnico externo o generen costes materiales fácilmente determinables (bienes muebles, por ejemplo), los gastos podrán correr a cargo del interesado.

De otro lado, señala, que dichos gastos resultarán imputables al interesado cuando sea éste quien haya solicitado determinada prueba, y no aquellas pruebas que la Administración ordene practicar de oficio. En idéntica línea se propone por Alberto PALOMAR OLMEDA, *El procedimiento administrativo, op., cit.*, consulta *electrónica*, ello sin perjuicio de los informes o documentos que obren en poder de la Administración, que en este caso debería hacerse cargo de su coste.

generales para todos los procedimientos, que se aplicarán en detrimento de disposiciones de carácter legal específicas; y *los informes y dictámenes de carácter especial para el procedimiento de responsabilidad patrimonial* (art. 81). Ya de por sí, que el procedimiento de responsabilidad patrimonial tenga un artículo específico denota el peso que, para el legislador, va a tener esta actividad consultiva en el procedimiento. Como es natural, me interesa el análisis de la posición específica dedicada al procedimiento de responsabilidad patrimonial, refiriéndome a las reglas generales allá donde no exista previsión especial.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCEPTO, LA FUNCIONALIDAD Y LAS CLASES DE INFORME

Siguiendo con el esquema general del informe trazado por CIERCO SEIRA, cabe apuntar que, en una primera toma de contacto, se trata de aquel acto mediante el que se exterioriza la función consultiva⁹¹². El autor se centra en dar un concepto más profundo del informe a partir de sus rasgos elementales, que divide en tres. La primera característica es relativa a su *contenido*, siendo que el informe alberga una declaración de juicio, o, lo que es lo mismo, un parecer respecto a una determinada actuación. La segunda de ellas es conducente a la indagación de su *finalidad*. La principal misión del informe es ilustrar o proporcionar asesoramiento al órgano consultante. Se entiende dicho asesoramiento como una garantía de legalidad y acierto, una garantía que se basa en la especialización del órgano consultado⁹¹³. Y, la tercera y última de sus características, es relativa al *sujeto o autor* del informe. Señala, estructuralmente, que el sujeto emittente tiene dos cualidades (además de, claro está, la especialización en la materia objeto de la consulta): es un órgano externo (distinto del órgano instructor y resolutorio del procedimiento); y reviste naturaleza administrativa (ha de ser emitido por un órgano público).

A partir de las tres características relativas al contenido, finalidad y autor de los informes, CIERCO SEIRA propone el siguiente concepto: “aquella declaración de juicio emitida por un órgano o Administración externos y cuya finalidad principal reside en el asesoramiento al órgano o Administración que solicita la consulta en el marco de un procedimiento administrativo”⁹¹⁴.

Finalmente, los informes se pueden clasificar (de acuerdo con la LPAC), principalmente, sobre la tradicional base triangular que diferencia entre aquellos de carácter facultativo, preceptivo y vinculante. Así, el *informe facultativo* es aquel que,

⁹¹² César CIERCO SEIRA, “Los informes”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, Tratado de procedimiento administrativo..., *op. cit.*, pág. 1640.

⁹¹³ De este modo se ha pronunciado el TC en su sentencia de 26 de noviembre de 1992, núm. 204/1992, Ponente: Carlos de la Vega Benayas, que subrayó el hecho de que “[l]a intervención de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte en un determinado procedimiento administrativo”.

⁹¹⁴ César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, pág. 1641.

conforme a un criterio de necesidad (art. 79.1 LPAC), el órgano instructor tiene plena libertad para solicitarlo. De hecho, la regla general de la LPAC es que los informes serán facultativos (art. 80.1). La “necesidad” que exige la ley no ha de comprenderse en clave de obligatoriedad para la Administración, sino como mera atribución de potestad para decidir, cuando así lo considere necesario (por las circunstancias del caso a tramitar), si consulta a un órgano especializado con la finalidad de garantizar el acierto del asunto⁹¹⁵.

El *informe preceptivo* es aquel en el que la necesidad se deduce por ministerio de la ley, en aquellos casos en los que la ley presume que, por circunstancias cualitativas (complejidad) o cuantitativas del procedimiento (determinada cuantía de relevancia), el órgano competente para resolver necesitará de asesoramiento específico. Es por ello por lo que los informes serán preceptivos cuando así lo prevea expresamente la ley.

Y, por último, también existe la posibilidad de que los *informes* sean *vinculantes*, es decir, cuando el órgano competente esté ligado de forma imperativa por el sentido de este⁹¹⁶. Sin embargo, el art. 80.1 LPAC establece que la regla general de los informes es que no serán vinculantes. Sin perjuicio de posiciones doctrinales contradictorias sobre los informes de naturaleza vinculante, cabe decir que la atribución de carácter vinculante a los informes no es la mejor de las soluciones. Porque este tipo de informes se convierten en algo más que simple asesoramiento, atribuyéndosele una dimensión decisora. Pero es de observar que la LPAC no se adentra en regular en modo alguno la figura de los informes vinculantes, convirtiéndose en una odisea la tarea interpretativa de los mismos⁹¹⁷.

2. LOS INFORMES Y LOS DICTÁMENES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tiene su propia regulación de los informes en el artículo 81 de la LPAC. Salta a la vista la singularidad de la figura en este terreno, por cuanto la ley procedimental ofrece una regulación igual o más extensa que la de los informes con carácter general, aplicable a todos los procedimientos, que se encuentra en los dos artículos precedentes. El desenvolvimiento del precepto se extiende sobre tres informes: a) el informe de funcionamiento del servicio que ha ocasionado el daño; b) el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo análogo en la CA; y c) el informe del CGPJ cuando se reclame responsabilidad patrimonial

⁹¹⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 2142 y 2143.

Más allá va César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, pág. 1652, en tanto que define al informe facultativo como una pieza que, bien utilizada, debiera conformarse como “garantía de serenidad y de calidad de la toma de decisiones en entornos abiertos”, teniendo una naturaleza de apoyo del instructor cabal. Defiende, asimismo, que la Administración podría incluso incurrir en un vicio invalidante en aquel supuesto en el que resuelva sin un adecuado conocimiento de causa, cuando podía haber recabado consejo e ilustración y no lo haya hecho.

⁹¹⁶ Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 156.

⁹¹⁷ No me corresponde en este trabajo deambular más sobre los trazos y problemáticas de carácter general de esta figura, remitiéndome, para ello, al completo trabajo del profesor César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1639 a 1680.

por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Aunque haya categorizado a las tres figuras en el marco semántico del “informe”, entiendo que no debe soslayarse que las diferencias entre los tres son pronunciadas, especialmente entre los dos primeros, que son los más comunes.

A. El informe de funcionamiento del servicio causante de la lesión

a) Conceptualización y naturaleza alegatoria del informe del servicio causante de la lesión

El artículo 81.1 de la LPAC exige al órgano instructor del procedimiento requerir, en todo caso, un informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión en el plazo máximo de dos días. Una primeriza apreciación que he de advertir sobre la naturaleza del *informe de servicio* es que se trata de la figura descendiente de la categoría de los informes (regulada en los arts. 79 a 81 LPAC) que más confrontación sugiere respecto de su matriz. Si bien cumple con dos de los requisitos del *informe*, el contenido y el sujeto; no así con la finalidad. El informe del servicio, pese a la sinonimia terminológica⁹¹⁸, no refiere netamente a un rol asesor en el sentido de erigirse como una garantía de acierto y de legalidad que auxilia al órgano instructor para tomar una decisión cabal. Este informe, por tanto, rebasa la simple función de asesorar al órgano instructor, dado que cumple con una función de carácter netamente alegatoria (aportación de datos), y no solo de comprobación de los datos⁹¹⁹. Esta es una función que, ante el silencio de la LPAC sobre el contenido concreto y funcionalidad del mismo, se deduce de su formulación.

Se exige un informe al servicio “cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión”. A simple vista, y sin tratarse de un juego meramente intelectual, sino con trascendencia práctica, el hecho de requerirse legalmente un informe al servicio causante del daño no puede dejar de considerarse como una especie de llamada a dar explicaciones. Por tanto, y bajo la terminología jurídica utilizada en el Derecho administrativo, se acercaría más a una actividad de aducción de razones y pruebas, o, lo que es lo mismo, a una actividad alegatoria (art. 76.1 LPAC). Bajo esta premisa, tendría una naturaleza mixta de instrumento de aportación y comprobación de datos. La unidad administrativa encargada de prestar un servicio cuyo funcionamiento ha provocado un

⁹¹⁸ El DRAE define, en sus acepciones, al informe como: 1. “[d]escripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto”; 2. “[a]cción y efecto de informar (dictaminar)”. Y, el verbo informar, en su sexta acepción: “[d]icho de un cuerpo consultivo, de un funcionario o de cualquier persona perita: Dictaminar en asunto de su respectiva competencia”.

Observemos pues, que tanto informar como dictaminar, es utilizado por el Diccionario de la Lengua como términos sinónimos, pero no se puede trasladar tal sinonimia de forma totalmente idéntica en la terminología jurídica de los informes. Y, menos aún, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

⁹¹⁹ Es una idea que Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, op. cit., págs. 795 a 798, —en gran medida siguiendo a Fernando GARRIDO FALLA— diferenciaba entre los instrumentos de aportación de datos procesales o de comprobación de los mismos. De este modo, consideraba que la noción del informe *strictu sensu*, respondía a aquella actividad *consultiva* que se produce en apoyo del órgano instructor del procedimiento. Pero existen otros muchos informes que su finalidad no es tanto la de aportar asesoramiento en sentido estricto, sino que tienen un marcado cariz probatorio.

daño es llamada, en todo caso (*ex lege*) –dada la preceptividad que sienta la disposición legal–, a dar cuenta de lo ocurrido⁹²⁰. Algo así como si la LPAC considerara a la Administración causante del daño (o, mejor dicho, a la unidad concreta de la Administración causante del daño, y que al mismo tiempo es diferente al órgano instructor del procedimiento) como un interesado (parte) más en el procedimiento, un interesado que es llamado a defenderse de la acusación del reclamante, y ello tendrá incidencia en el valor probatorio que ante la jurisdicción contencioso-administrativa tenga este tipo de documento.

De esta manera, y a título expositivo, en la responsabilidad patrimonial del ámbito sanitario, será encargado de proporcionar el informe de funcionamiento del art. 81.1 LPAC, aquel servicio que presuntamente hubiere lesionado al paciente. Si se trata de una reclamación de responsabilidad por deficiente intervención quirúrgica, será el Servicio de Cirugía o similar, el que realizará aquel informe (STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2017)⁹²¹. En el caso de reclamación por los daños y

⁹²⁰ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 149 y 150, dice que han de ser las unidades organizativas que tienen conocimiento directo de las circunstancias concretas del hecho y de la actividad por la que se reclama las que deberán emitir el informe. Advierte además, en base a la queja del Consejo Consultivo de Andalucía, que en muchas ocasiones es frecuente la emisión de un informe de carácter burocrático de competencia general y no especializado, es decir, emitido por un órgano que no tiene conocimiento directo del asunto, por no haber intervenido en el mismo.

El quid de la cuestión está en el planteamiento del interrogante según el cual, hasta qué punto ésta práctica podría llegar a significar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.1 LPAC o, de lo contrario, podría ser considerada como un vicio (¿invalidante?) del procedimiento.

Pues bien, de forma más reciente, la *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía del año 2017*, Granada, febrero, 2018, pág. 116, apunta a que no es del todo incorrecta esta práctica siempre y cuando el informe del órgano que cumple esta función no se pronuncie en términos genéricos, siéndole exigible descender concienzudamente a los datos particulares del supuesto concreto, porque solo de esta manera cumple la función que le atribuye el art. 81.1 de la LPAC, es decir, ilustrar al órgano que ha de resolver, “ofreciéndole la versión administrativa de los hechos consignados en la reclamación”.

⁹²¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2017 (ROJ 2524/2017), Ponente: María Alicia Millán Herrandiz. Esta resolución conoció de un supuesto de responsabilidad patrimonial por la deficiente actuación médica inicial sobre la obstrucción de una arteria importante de su brazo derecho, que provocó una falta de riego sanguíneo, lo que originó que la paciente perdiera varios dedos de la mano derecha. En el proceso, se aportó, entre otros, el informe de funcionamiento relativo al art. 81.1 LPAC, que emitió el Servicio de Cirugía y Angiología Vasculardel Hospital General Universitario de Valencia. Con la finalidad de observar el contenido prototípico de este tipo de informes (a efectos de demostrar su destacado peso probatorio, más que asesor), paso a transcribir el contenido del mismo, que se recoge en la citada sentencia:

“El paciente acudió al Servicio de Urgencias de este Centro hospitalario en 30-11-2006, refiriendo dolor y adormecimiento distal en los dedos de las manos. Antecedentes patológicos, no refiere más que fue apendicectomizado sin referir fecha, y que era fumador de un paquete de cigarrillos diario, y desconocía padecer reacción alérgica medicamentosa o drogadicción (RAM). Indica que desde hacía 20 días, antes de acudir a Urgencias, notaba una sensación de adormecimiento en los dedos de la mano derecha, acompañada de frialdad, dolor, que cede de forma espontánea, con enrojecimiento posterior, no habiendo alteración en los dedos de la mano izquierda, ni de los pies, sin otra sintomatología acompañante. A la exploración clínica se apreció cianosis distal en dedos 2 a 5 de la mano derecha, frialdad, no limitación funcional, hipoestesia y pulso arterial radial conservado con mano izquierda normal. Se prescribe un analgésico, por el Servicio facultativo de Urgencias, y se le citó por parte del mismo Servicio para el día 14/12/2006, en las Consultas externas del Servicio de Cirugía Vasculardel Hospital General Universitario de Valencia.

El día 7-12-2006 acude de nuevo al Servicio de Urgencias refiriendo intenso dolor en la mano derecha de 1 mes de evolución con empeoramiento progresivo, frialdad y palidez de 2 a 5 dedos con pulso

radial positivo, pautándole tratamiento analgésico con Nolotil® y Droal®, realizándole analítica de sangre que muestra Hematíes: 5,1 1 (4.6 - 5,2), Hgb: 16,9 (14- 18), Hct: 47,7 42-52), ven 93.3 (80-100), hcm 33,1 (26- 34), chcm 35,5 (28-34). Leucocitos 10,8 (4,3-10.8), N:69,6 (50-70), L 18,4 (25-40), M:8,6 (2-8), E: 3 (2,4), Recuento plaquetar 289.000 (150000- 440000), Tiempo de Protrombina 11,8s (8 - 12,5), Quick 100% (75- 100), 1NR 1,1 (0,80-:- 1,15), TTPA: 31.1 (24-38).

Tras esta asistencia se ingresa por Facultativo especialista en Angiología y Cirugía Vasculare desde Urgencias a la Sala de Cirugía, con diagnóstico de Isquemia distal del Miembro superior derecho, y se le indica Tratamiento médico con Sugiran, Nolotil, Droal®, Dolantina, hemowás®, Clexane®, Neobrufen®, Pantoprazol®, mostrando en días sucesivos menor dolor aunque persistiendo la frialdad y palidez, y ante el diagnóstico de síndrome de Raynaud se consulta con el Servicio de Cirugía Torácica para proponerle la conveniencia, de realizar una técnica quirúrgica hiperhemiante acreditada, para mejorar la circulación arterial de su miembro superior derecho afecto, consistente en Simpatectomía torácica, que se acepta por los facultativos de dicho Servicio, y por el paciente, realizándose la misma el 13-12-2006, siendo revisado el 14-12-2006, todo ello previa firma del consentimiento informado preceptivo de Anestesia General y Cirugía Torácica. Se realiza dicha intervención quirúrgica por los Facultativos del Servicio de Cirugía torácica y es dado de alta hospitalaria por el Servicio de Cirugía torácica el 14-12-2006 tras comprobar aumento térmico de la mano y re-expansión del pulmón derecho, remitiéndole a consultas de Cirugía Vasculare el 1/02/2007 y pautándole como tratamiento Efferalgan® y Disgren®.

Acude nuevamente al Servicio de Urgencias el 27-12-2006 dónde es atendido presentando nuevamente dolor y frialdad de la mano y cianosis en 2º a 5 dedos de la mano derecha esta vez sin pulso en la arteria radial y si existencia de pulsos arteriales en la arteria humeral derecha. Se indica nuevo tratamiento con Sugiran® y se solicita exploración angio-radiológica del miembro afecto. Se interviene quirúrgicamente por el Servicio de Cirugía Vasculare el 9-1-2007 previa realización de informe preanestésico dónde expone que refiere continuar fumando, aunque menos de 5 cigarrillos al día, consumo ocasional de alcohol, y drogadicción ocasional de hachís y cocaína. Y con el diagnóstico de trombosis de arteria humeral sin verse vasos distales, se realiza antes técnica de Trombolisis con Urokinasa®, y al evidenciar que no presenta mejoría se realiza intervención quirúrgica de trombectomía transhumeral, de arterias humeral, radial y cubital, recuperando una vez finalizada la misma, la existencia de pulsos arteriales, humeral y radial, describiendo la existencia de hiperplasia de la capa media de la arteria humeral, con paredes muy engrosadas. El día 11-1-2007, al observarlo asintomático, sin dolor, con mano caliente se da de alta, con tratamiento anticoagulante y tramitando interconsulta al servicio de Cardiología.

El 20/02/2007 acude a Urgencias Generales del Hospital Lluís Alcanyís de Xàtiva con dolor en miembro superior derecho, de 4 días de evolución, con antecedentes descritos de Trombosis arterial y sucesivas intervenciones quirúrgicas, describiendo frialdad, palidez, dolor a la movilización e impotencia funcional con necrosis cutáneas en falanges distales de los dedos y ausencia de pulsos distales. Se realiza exploración Eco-Doppler que refiere trombosis arterial extensa desde el inicio de la arteria braquial a la porción distal de la arteria radial y cubital con flujo arterial amortiguado "parvus tardus". De este modo la arteria braquial, radial y 2/3 de la cubital presentan un molde ecogénico en su interior con ausencia de flujo doler color y pulsado. La arteria subclavia y axilar sí que presentan aspecto de onda Doppler adecuado, remitiendo al Hospital General para seguimiento por cirujano vascular, acudiendo al Servicio de Urgencias, con edema importante de la mano derecha, palidez, dolor, impotencia funcional y necrosis en la punta de los dedos de la mano derecha, solicitando informe preoperatorio completo y nueva exploración angiográfica, nuevo intento de trombolisis por la Unidad de Radiología Vasculare Intervencionista, dándose de alta hospitalaria el día 21-0-2007 (LA FECHA DEL ALTA FUE EL 23/02/07) dado que la trombolisis realizada consigue recanalización arterial completa de la arteria humeral, encontrándose el paciente estable, pautándole seguir con tratamiento anticoagulante y nueva revisión en Cirugía Vasculare, dadas la repeticiones, del cuadro de isquemia y la no persistencia reiterada de curación con cuadros repetidos de isquemia. Acude el 5/03/07 a consulta indicándole la necesidad de practicar bypass axilo-humeral para lo que se pide informe pre-anestésico preceptivo con carácter urgente para intervención quirúrgica en la semana. El día 7/03/07 se hace el pre-ingreso en Cirugía Vasculare.

Según consta en la Historia clínica el día 9/03/07 es citado en el Servicio de Anestesiología y Reanimación constando que el paciente no acude al Servicio de Anestesia, ni al de Angiología y Cirugía Vasculare para ser intervenido quirúrgicamente, ni así mismo acude para informar de su decisión, conocida

perjuicios derivados de caída en la vía pública que se atribuye al mal estado de la pavimentación, corresponderá informar al Servicio de Mantenimiento del Ayuntamiento correspondiente (Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 31 de mayo de 2018)⁹²². O, por poner un último ejemplo, en el supuesto de reclamación de responsabilidad por los daños derivados de la declaración de desamparo preventivo de menores, el rol de informar le corresponderá normalmente al Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia u órgano análogo en la CA competente (Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 13 de julio de 2017)⁹²³.

Como puede observarse, aunque dichos informes se emitan por parte de la unidad administrativa concreta (*p. ej.* “Servicio de Mantenimiento”), normalmente suelen estar suscritos por los responsables del servicio determinado (el Jefe de Servicio), lo que en la práctica ha levantado fuertes críticas en torno a la falta de objetividad presenciada en este tipo de informes. Dicho en otras palabras, se acusa a los informes del servicio de una fuerte impregnación corporativista, es decir, aquella actitud según la cual en un determinado grupo o sector profesional se actúa con una defensa a ultranza de los intereses de los miembros⁹²⁴. Situación que, de producirse, supone que el jefe del servicio en cuestión no informará con el esmero exigible que se le requeriría al superior

posteriormente al leer su reclamación, de acudir a otro Servicio o a otro Facultativo para ser tratado de su afección vascular”.

Como puede observarse, este informe tiene un carácter meramente descriptivo de los hechos que sucedieron y cuál fue la atención prestada por el concreto servicio que atendió al paciente. En conjunto con los otros informes médicos (de carácter pericial), la sentencia declaró que hubo mala praxis por el retraso injustificado de la prueba llamada “bypass”. Una prueba que, conforme los otros informes, si se hubiera practicado a tiempo, habría podido evitar la amputación de los dedos, y por esta razón se estima (aunque parcialmente) la reclamación de responsabilidad patrimonial. Ahora bien, cambiando de tercio, es de destacar que, pese a que el informe transcrito es algo así como una mera transcripción de antecedentes, en otras ocasiones se presentan bajo un aspecto explicativo y motivado del porqué de las actuaciones, lo que no deja de ser una práctica más correcta que la mostrada en el ejemplo anterior. Véase, por ejemplo, los informes transcritos en las resoluciones judiciales que se citan en el párrafo siguiente. Pero pese a todo, los médicos (en este caso) no son juristas, y esto se nota en sus “explicaciones” recogidas de los informes de funcionamiento.

Sobre la naturaleza probatoria de este tipo de informe se pronuncia expresamente en otras de sus resoluciones el TSJ de la Comunidad Valenciana, como por ejemplo las sentencias de 26 de septiembre de 2016 (ROJ 4527/2016); o de 8 de febrero de 2017 (ROJ 369/2017), Ponente: María Alicia Millán Herrandiz.

⁹²² Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 31 de mayo de 2018, núm. 101/2018, Ponente: Eva Pons Parera. Aunque se trate de una solicitud de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la caída en la vía pública que se atribuye al mal estado de la pavimentación, el informe del Servicio de Mantenimiento, en el caso concreto del Jefe de Mantenimiento del Distrito del Eixample del Ayuntamiento de Barcelona, tiene una similar idiosincrasia que en el supuesto anterior de la responsabilidad patrimonial sanitaria: descripción de los hechos. En concreto, en el informe de servicio que conocía la CJA se daba cuenta de las inspecciones a las que había sido sometida la acera, las incidencias que habían sido detectadas (degradaciones) y de las actuaciones consecuentes para la solución de las mismas. Incluso se anexaron fotografías del estado inicial y final de la acera, lo que destaca la naturaleza probatoria de la que goza este tipo de acto administrativo (Informe de Servicio).

⁹²³ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 13 de julio de 2017, núm. 202/2017, Ponente: Antoni Vaquer Aloy. En este supuesto, tratándose de una actividad de la Administración autonómica catalana, el informe del servicio le correspondió al Jefe del Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia de Barcelona Comarcas.

⁹²⁴ Según la definición que proporciona el DRAE.

medio. No lo hará porque, al fin y al cabo, el agente causante del daño será, como mínimo, compañero de profesión⁹²⁵. De ahí que la jurisprudencia tome cartas en el asunto y relativice el valor probatorio de estos tipos de informes. En esta línea, el TS ha negado que los Informes de Servicio tuvieran una eficacia probatoria vinculante ante los juzgados y tribunales, frente a la postura administrativa conforme a la que se trata de un *documento público administrativo* (conforme al art. 27.2 LPAC)⁹²⁶. *A fortiori*, tampoco nos encontramos ante una prueba fehaciente o tasada que pudiera gozar de una posición probatoria reforzada como podrían ser los documentos a los que se les confiere la llamada presunción de veracidad (art. 77.5 de la LPAC).

Este tipo de documentos, como he señalado anteriormente, y según parece apuntar la jurisprudencia (y que es una cuestión doctrinalmente aceptada), se acercan mucho más a lo que son los escritos de alegaciones de los interesados (conforme al art. 76.1 LPAC), tratándose a la unidad administrativa encargada del servicio que presuntamente ha provocado el daño *como a un interesado más* (como si fuera un tercero causante del daño, y se le llamara, por ministerio de la ley, al procedimiento). Y su valor probatorio será el que, conforme a las reglas de la sana crítica, se le pueda atribuir de la valoración conjunta de la prueba⁹²⁷. De ahí que los informes del servicio

⁹²⁵ Esta situación es fuertemente criticada en relación con este tipo de informes por Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad patrimonial sanitaria...*, *op. cit.*, págs. 301 y 302. El autor apunta lo sorprendente del caso, aunque en el marco de la responsabilidad patrimonial no sea el funcionario concreto el que responda (en este caso, el médico), sino la Administración para la que presta sus servicios.

⁹²⁶ Véase, en este sentido, Miriam CUETO PÉREZ, “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, *op. cit.*, págs. 1081 y 1082. La autora cita las SSTS de 10 de junio de 2003 (ROJ 4017/2003) y de 24 de septiembre de 2004 (ROJ 5935/2004), Ponente: Francisco González Navarro, según las que, no nos encontramos en el supuesto de los informes de los servicios médicos ante documentos públicos ni conforme las normas del CC (art. 1218), ni conforme a la LEC (art. 317), y ni siquiera conforme al –actual– art. 27.2 de la LPAC.

En concreto, la doctrina jurisprudencial concreta que subraya la autora, y que se repite en otras SSTS, como por ejemplo la de 25 de febrero de 2009 (ROJ 989/2009), Ponente: Agustín Puente Prieto; de 22 de octubre de 2009 (ROJ 6895/2009), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; o de 21 de abril de 2010 (ROJ 3013/2010), Ponente: Rafael Fernández Valverde; dispone que “es evidente que (...) un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden tener la consideración de documento público administrativo”.

⁹²⁷ De las SSTS citadas anteriormente se desprende que el criterio que prima, ante la denegación de que esta documentación tenga algún tipo de hipervaloración, es el de la valoración probatoria conjunta, ya sea de naturaleza pública o privada. Véase, así, a modo de ejemplo, la última de las sentencias citadas en la nota anterior.

Retomando el hilo de la justificación de relativizar este tipo de informes, en algunas ocasiones, los tribunales no han dudado en expresar directamente su nulo valor probatorio. Así como por ejemplo la STSJ de Asturias de 18 de mayo de 2015 (ROJ 1209/2015), Ponente: José Manuel González Rodríguez, que, en un supuesto de responsabilidad patrimonial por acoso laboral, declara la carencia de valor alguno del Informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales “debido a las irregularidades cometidas y a su falta de rigor científico e imparcialidad”.

Ahora bien, lo anterior no implica que siempre se realicen los informes del servicio con carencia de objetividad, ya que en la literatura jurisprudencial también se encuentran resoluciones que apuntan el rigor de su elaboración, así como por ejemplo en la STSJ de Castilla y León de 24 de enero de 2014 (ROJ 651/2014), Ponente: Agustín Picón Palacio. Solamente debe entenderse que la subjetividad es un riesgo tendencial muy real, y es fácil que haga acto de presencia en cualquier procedimiento de responsabilidad patrimonial. Por ello, la doctrina jurisprudencial sobre su relativizado valor probatorio (debiéndose

previstos en el art. 81.1 de la LPAC se alejen de la noción de “informe”, en el sentido jurídico, que antes he proporcionado, siendo, quizá más correcto, hablar (para aquél) de dictamen, y para estos, de un mero escrito de alegaciones.

b) La incidencia de la tardía emisión del informe del servicio o su omisión absoluta: la relativización de su carácter preceptivo

Sentado lo anterior, y ante la claridad de la preceptividad del informe del servicio ordenada por el art. 81.1 de la LPAC, interesa plantearse el tratamiento que ha de darse a su omisión: ya sea directamente causada por la falta de solicitud del mismo por parte del órgano instructor; o por la extemporaneidad en su emisión por parte del servicio responsable de la actuación administrativa lesiva. Abordaré, en primer lugar, el caso de la tardanza en emitir el informe. El hecho de que se trate de un informe de carácter preceptivo significa, de entrada, que el órgano instructor tendrá la posibilidad de utilizar la figura de la suspensión del plazo máximo para resolver [en virtud de los arts. 80.3 y 22.1 d) de la LPAC]. Dicha suspensión no podrá exceder de los tres meses y, además, no se activa *ope legis*, sino que hace falta acuerdo expreso comunicado a los interesados [art. 22.1 d) LPAC]. Es un plazo (el de tres meses) que, para tratarse de un informe de servicio que debe realizar la misma Administración que tramita el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya es de por sí generoso. Pero aún de considerar una emisión tardía, el artículo 22.1 d) de la LPAC apunta que “[e]n caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

Entiendo así que la norma aplicable no es el artículo 80.4, párrafo primero, de la LPAC, ya que en el seno de su ámbito subjetivo de aplicación requiere que el informe “debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento”. Pero, salvo alguna excepción⁹²⁸, el informe del servicio se emite por la misma Administración tramitadora del procedimiento. Por consiguiente, sí resulta de aplicación (aunque tenga el mismo resultado), lo dispuesto en el art. 22.1 d) de la LPAC, por ser una previsión de carácter general de un precepto al que la propia regulación general de los informes se remite (art. 80.3 LPAC). No tendría sentido alguno esperar *sine die* que la Administración “se defienda”. La actividad alegatoria y probatoria que habrá omitido con la falta de emisión del informe del servicio quedará a expensas de lo que aporte el reclamante (al que, recordemos, le corresponde la carga probatoria), complementándose una hipotética falta parcial de acreditación con las reglas de inversión del *onus probandi* (principio de facilidad probatoria). De este modo, en palabras de CIERCO SEIRA, “la reacción es bien contundente y lanza un mensaje de rigor: o el informe llega a tiempo o se sigue adelante”⁹²⁹.

ponderar con una interpretación conjunta del material probatorio) es adecuada en aras de garantizar el principio de contradicción y, sobre todo, la seguridad jurídica de la tramitación.

⁹²⁸ Excepción que podría darse en el caso de reclamación de responsabilidad patrimonial concurrente de varias Administraciones cuando éstas actúen mediante formas de gestión conjuntas (ex art. 33 de la LRJSP).

⁹²⁹ César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1664 a 1665.

Otro frente abierto es dilucidar qué sucede si a pesar de la emisión extemporánea del informe, este llega durante la tramitación del procedimiento. Siendo consecuente con la línea defendida en los párrafos anteriores, parece ser que no sería aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 80.4 LPAC, según el cual, el órgano instructor podrá no tener en cuenta el informe a la hora de adoptar la resolución. Por ello, debería encomendarse el tratamiento general de las alegaciones, es decir, que se pueda presentar dicho informe “en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia” (conforme el art. 76.1 LPAC), con la consiguiente obligación del órgano instructor de tenerlo en consideración.

En segundo lugar, resulta menester averiguar los posibles efectos de la omisión total y absoluta del informe del servicio durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, al tener el carácter de un defecto formal indudable –por ser preceptivo (art. 81.1 LPAC)–. Como ante otras irregularidades procedimentales, lo esencial será cotejar si su ausencia provoca indefensión o no a los interesados (en sentido estricto del concepto).

Esta es la postura en la que se posicionan los consejos consultivos, y, especialmente, la Comissió Jurídica Assessora en su Dictamen de 5 de julio de 2018. Ante la falta del informe del servicio correspondiente zanjó que “no se ha generado indefensión porque todos los argumentos y hechos ya se desprenden de la documentación que consta en el expediente, al cual la interesada ha tenido acceso, sin que el informe ausente haya podido aportar ninguna información adicional o una mayor fundamentación”⁹³⁰. Esta es una dirección en la que apuntan con asiduidad los órganos consultivos, así como por ejemplo en el supuesto en el que la omisión del informe de servicio no produce indefensión a los reclamantes porque la Administración da por buenos los hechos traídos a colación por estos⁹³¹; o cuando se observa alguna infracción de normas materiales como podría ser la extemporaneidad de la acción de responsabilidad patrimonial por prescripción⁹³².

Por ende, la respuesta proporcionada apunta hacia una especie de relativización del informe del servicio. Atendiendo a que, según la teoría general de los efectos invalidantes de determinados defectos de forma, solo ocasionalmente puede provocarse la anulabilidad de la resolución final (cuando existe una verdadera quiebra de las garantías del interesado causante de una indefensión real), en el caso de los

⁹³⁰ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 5 de julio de 2018, núm. 138/2018, Ponente: Maria Mercè Darnaculleta Gardella. El órgano consultivo de la Generalitat conocía de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados presuntamente por la denegación de diez autorizaciones de alquiler de vehículos con conductor (clase VTC) y que, la interesada, atribuía a un incumplimiento de la normativa vigente en materia de libre acceso a las actividades de servicios.

⁹³¹ Así, el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 1995, núm. 2268/1995, apuntó la no necesidad de devolución del expediente para la emisión del informe del servicio supuestamente causante del daño a causa de la diáfana aceptación de la Administración del relato del interesado.

⁹³² Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de 10 de octubre de 2007, núm. 546/2007, Ponentes: José Antonio Sánchez Galiana y José Luis Martín Moreno.

informes del servicio será aún menos dable la observancia de la misma⁹³³. Ello es porque, tal y como he apuntado anteriormente, el hecho de la falta de presentación de alegaciones por parte de la Administración (que revisten la forma de los informes de servicios) solo le puede perjudicar a ella. Lo que, además, debe relacionarse con la atribución de la carga probatoria de la responsabilidad patrimonial al reclamante, y solo en base a su alteración, en virtud del criterio de la facilidad probatoria, se atribuirá a la Administración. Una situación que, en la mayoría de las ocasiones, determinará que el informe del servicio solo podría perjudicar a la propia Administración. Pongamos el caso de un supuesto que *ab initio* podría ir en contra de los intereses del reclamante, como por ejemplo la imposibilidad de probanza de unos hechos esenciales para la existencia de responsabilidad. Si la determinación es esa, que al interesado le es imposible probar (*probatio diabolica*), ya hemos visto que, se producirá una necesidad de cambiar la cara de la moneda del *onus probandi* y atribuir, de este modo, dicha carga, a la propia Administración. Una carga que verá posiblemente incumplida en caso de omitir el informe del servicio, a no ser que se “subsane” por medio de otro tipo de actividades de prueba. Llegados a este punto, lo dicho implica que la Administración corra el serio riesgo de que el juego de presunciones le juegue en contra, y, por tanto, en poco se verían comprometidas las garantías del interesado, más bien al contrario.

A modo conclusivo, parece que el tratamiento de la omisión total del informe del servicio por lo general puede funcionar de dos formas. O bien en ocasiones es simplemente innecesario (porque no se cuestiona por el órgano instructor lo alegado por el interesado; o porque el material probatorio existente es suficiente para una rigurosa formación de la *ratio decidendi*), con lo que, ninguna indefensión se le provocaría al interesado; o bien el juego de la alteración de la carga probatoria se redimensionaría para perjudicar al sujeto que no se ha defendido (algo así como la figura de la rebeldía en el proceso judicial), presumiéndose verídico lo aportado por el reclamante, a no ser que de la prueba existente se demuestre lo contrario. Pero si nada de esto sucede, y en efecto la falta del informe del servicio perjudica de alguna manera los derechos procedimentales del interesado, la anulabilidad sería procedente.

B. El dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo análogo en la Comunidad Autónoma

⁹³³ Del modo que sugiere Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 598 y 599, en base a la aplicación general de la teoría de los vicios invalidantes a la omisión de los informes preceptivos, la falta de estos “solo adquiere virtualidad invalidante cuando supone ‘una dismiución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado o de la propia Administración’”; o “cuando sustrae ‘los elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada’, esto es, para dictar con garantías de acierto y objetividad la resolución”.

Por tanto, se puede observar la incidencia de estos amplios parámetros interpretativos en la anteriormente citada doctrina consultiva a la hora de –con base en criterios complementarios como por ejemplo economía procedimental– negar (por lo general) efecto invalidante alguno de la omisión del informe del servicio.

a) El dictamen en materia de responsabilidad patrimonial como figura preeminente de la actividad consultiva

Ya sin ningún matiz, el dictamen en materia de responsabilidad patrimonial que, en ocasiones, ordena la ley de procedimiento administrativo, responde a la noción general de los informes que he explicado en la parte introductoria de la regulación de los informes. Es decir, cumple puramente con una función *consultiva*. Dicha función se concreta por medio de la intervención, de forma directa, en el procedimiento administrativo de la Administración que, en ocasiones, estará obligada a solicitarle consejo, lo cual también incidirá en la decisión final (tanto si la suscribe como si la reprueba). Por tanto, puede decirse que otra característica de los dictámenes es la de *intervención en el procedimiento administrativo*, por parte de un órgano de prestigio, con la finalidad de garantizar el principio de buena administración, principio fuerza que se encuentra presente en el actuar diario de los órganos consultivos⁹³⁴.

En este sentido, el art. 81.2 de la LAPC dispone la preceptividad del dictamen cuando las indemnizaciones reclamadas lo sean “de cuantía igual o superior a 50.000 euros o la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”, exigiéndose en estos casos al órgano instructor solicitar el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. El dictamen deberá solicitarse (y recabarse) por el órgano instructor después del trámite de audiencia (art. 82.1 LPAC), al Consejo de Estado si se reclama la responsabilidad de la Administración General del Estado y al órgano autonómico equivalente si se reclama la responsabilidad de la Comunidad Autónoma o de las Entidades locales⁹³⁵.

Esta perspectiva provoca que buena parte de la actividad de altos cuerpos consultivos externos sea ocupada por la emisión de dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial. Y ello a pesar de que los informes son preceptivos a partir de una determinada cuantía (50.000 euros para el Consejo de Estado o para la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña); o de que, en ocasiones no se acuda a la vía administrativa previa (con lo que, no es necesaria la emisión de dictamen alguno) abriéndose la posibilidad de accionar directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (cuando se anuda la petición de responsabilidad a la anulación del acto

⁹³⁴ Así lo apunta también Juan CANO BUESO, “Consolidació dels Consells Consultius a Espanya i el seu paper com a garants de l'autonomia”, *RCDP*, núm. 39, 2009, págs. 7 a 12.

⁹³⁵ En lo respectivo al ámbito de la Administración General del Estado, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), en su artículo 22.13 dispone que “[l]a Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes”.

De otro lado, en el ámbito autonómico, tomando como ejemplo a Cataluña la competencia respecto de la emisión de dictámenes en procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica y local, le corresponde a la *Comissió Jurídica Assessora*, conforme a los artículos 86 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña (LRJPACC) y 8.3 a) de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora (LCJA), también fija la cuantía delimitante de la preceptividad del dictamen en 50.000 euros, alineándose así a la LPAC. Una cuantía por debajo supondrá que el informe será meramente facultativo.

administrativo principal)⁹³⁶. Sin ánimo de realizar estudio estadístico alguno, porque su utilidad sería más bien relativa, sí me interesa destacar algunos números ilustrativos. Tomando como parámetros los datos aportados por algunos órganos consultivos, se deduce que, de no informar en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la actividad consultiva del Consejo de Estado o de los Consejos consultivos autonómicos se vería reducida de manera significativa e incluso drástica. Se observa con rotundidad dicha afirmación a la luz de los datos que el Consejo de Estado proporciona en la década de los años diez del siglo XXI. De esta manera, en su Memoria del año 2011, de un total de 1758 expedientes administrativos tramitados, el alto órgano consultivo conoció de 1316 expedientes de responsabilidad patrimonial, lo que representa un 74,85% de su actividad⁹³⁷. Una situación que se repite en la Memoria de los años 2012 y 2013, donde de un total de 975 expedientes, 627 fueron de responsabilidad patrimonial (un 64,30% del total)⁹³⁸; en la Memoria de los años 2014 y 2015, con un total de 963 expedientes, de los que 545 fueron relativos a la responsabilidad patrimonial (un 58,22% del total)⁹³⁹; o, por último, en la Memoria del año 2016, en la que, de un total de 836 expedientes, 493 fueron de responsabilidad patrimonial (un 58,97% del total)⁹⁴⁰.

Esta es una estela que también está viva en el ámbito de los consejos consultivos autonómicos⁹⁴¹, coyuntura que demuestra que dictaminar sobre responsabilidad patrimonial es la actividad principal de este tipo de órganos. De este modo se pone de manifiesto, como paso previo, en términos cuantitativos, el carácter esencial del consejo jurídico externo del que el órgano administrativo para decidir disfrutará. De ahí que, como el lector habrá podido notar, la doctrina consultiva se erige como una de las grandes herramientas jurídicas que sirven para paliar las múltiples lagunas que la deficiente regulación ha causado a la entera institución de la responsabilidad patrimonial, en muchas ocasiones proporcionando un riguroso criterio a los órganos jurisdiccionales, que no dudan en reconocer abiertamente la erudición de estos⁹⁴².

⁹³⁶ Así se explica en el *Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJAUAM), dirigido por Silvia Díez SASTRE, 2015, págs. 167 a 170.

⁹³⁷ *Memoria del Consejo de Estado del año 2011*, Madrid, diciembre, 2012, pág. 20.

⁹³⁸ *Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013*, Madrid, julio, 2014, pág. 19.

⁹³⁹ *Memoria del Consejo de Estado de los años 2014 y 2015*, Madrid, diciembre, 2016, pág. 104.

⁹⁴⁰ *Memoria del Consejo de Estado del año 2016*, Madrid, julio, 2017, pág. 19.

Como puede observarse, a partir del año 2011 hay una caída importante en la actividad, pasando de un total de 74,85% de dictámenes en responsabilidad patrimonial al 58,97% para el año 2016. Esta tendencia también fue apuntada por Fernando PASTOR MERCHANTE, *Informe sobre la Justicia Administrativa...*, *op. cit.*, pág. 170, pero consideraba que la causa más probable es que la caída “no refleje una disminución en el volumen total de reclamaciones interpuestas contra la Administración General del Estado y que sea sencillamente fruto de la modificación del umbral mínimo del importe de las reclamaciones para las que el dictamen es preceptivo”.

⁹⁴¹ Véase a modo de ejemplo la *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía del año 2017*, *op. cit.*; o la *Memoria de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya de 2016*, Barcelona, marzo, 2017, pág. 36, que es meridianamente clara en este sentido, apungando que “[e]l grueso de la actividad consultiva de la Comissió, como suele suceder cada año recae en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.

⁹⁴² Sin perjuicio del seguimiento que los órganos jurisdiccionales puedan hacer de la doctrina consultiva, no es de extrañar las menciones directas de la jurisprudencia sobre la acrisolada y prestigiosa

b) La configuración legal del dictamen consultivo en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

Como vengo apuntando, el destacado peso cuantitativo y cualitativo del dictamen en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se canalizó, por parte del legislador del año 2015, a través de un precepto individualizado sobre la materia, lo que, sin embargo, no fue suficiente para resolver las posibles eventualidades que son susceptibles de surgir a causa de una mala tramitación⁹⁴³.

A. La primera preocupación del legislador, plasmada en el art. 81.2 de la LPAC, fue, en efecto, la introducción de un umbral económico (50.000 euros en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado) por debajo del cual no fuera obligatorio el requerimiento de asesoramiento externo, culminando así un tradicional aumento progresivo de la cuantía necesaria para obligar la solicitud del dictamen⁹⁴⁴. Consecuentemente, por debajo de este umbral, el dictamen consultivo tendrá un carácter meramente facultativo y, cuando la indemnización que se reclame sea igual o superior a la cuantía establecida, el dictamen consultivo será preceptivo. El criterio de diferenciación entre el primero de los supuestos y el segundo, a los ojos del legislador es –como puede observarse a simple vista– cuantitativo. No se configura, por tanto, un criterio de complejidad técnica que, en base al mismo, se exija del consejo consultivo, sino el parámetro económico⁹⁴⁵.

conformación de esta, como por ejemplo se pone de manifiesto en la STSJ de Aragón de 15 de febrero de 2018 (ROJ 200/2018), Ponente: Fernando Zubiri de Salinas, que reconoce la calidad del órgano emisor del dictamen en el procedimiento de responsabilidad patrimonial “y el elevado nivel jurídico de sus componentes” para diferenciar entre dicha calidad jurídica y la nula fuerza probatoria de dichos informes, cuestión que no está de más citar, dado que no constituye el dictamen de los consejos consultivos un documento que acredite los hechos que se discuten en el procedimiento.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 3364, también apuntan a la falta de fuerza probatoria por sí mismo del dictamen consultivo, debiéndose valorar de forma global con el conjunto del material probatorio.

⁹⁴³ Aunque se refiera al régimen jurídico de los informes en general, y no específicamente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, nos sirve igualmente la apreciación realizada por César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1659 y 1660, conforme a la que la regulación de la LPAC apenas “se adentra en la ‘vida o giro interno’” del informe. Esta cuestión, según el autor, encuentra su explicación en la vocación de síntesis de la propia Ley.

⁹⁴⁴ Tal y como explica Luis MARTÍN REBOLLO, “La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos ‘procedimientos comunes especializados’”, en la obra colectiva dirigida por Francisco LÓPEZ MENUENDO, *Innovaciones en el procedimiento administrativo...*, *op. cit.*, págs. 367 y 368, el legislador ha ido incrementando la cuantía de la indemnización de cara a la exigibilidad del dictamen (del Consejo de Estado) y, así, consecuentemente, también ha ido levantando su preceptividad en muchos supuestos, pasando desde la exigencia del mismo en cualquier caso (según la versión original de la LOCE, que duró hasta el año 2004), pasando por 6.000 euros desde entonces hasta el año 2011; año en el que, mediante la Disposición Final 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, se implementó la cuantía que ahora ha heredado la nueva LPAC.

⁹⁴⁵ Un criterio que, sin embargo, puede presentar cierta problemática en aquellos casos en que la cuantía de la indemnización no se puede determinar, o ni las partes ni la Administración la concretan, supuesto que analizaré más adelante.

Ahora bien, a causa de la sombra de *superfluidad* que se cierne sobre los dictámenes facultativos⁹⁴⁶, no me resisto a apuntar que, en aquellos supuestos en los que se reclama una reclamación de menor cuantía económica que la legalmente establecida (por ejemplo, en el ámbito de la Administración del Estado o en el ámbito territorial de Cataluña, menor de 50.000 euros) no implica, automáticamente, que se esté ante un procedimiento en el que no sea *necesario* el consejo externo, a modo de garantía de serenidad y de calidad de la toma de decisiones⁹⁴⁷. Porque, además, los procedimientos de responsabilidad patrimonial pueden devenir verdaderos procedimientos complejos, como vengo insistiendo.

Al mismo tiempo que defendiendo esta idea, no considero, sin embargo, que el criterio económico sea erróneo. El problema es que el procedimiento de responsabilidad, como vengo apuntando a lo largo del presente trabajo, es dotado de una heterogeneidad tan abundante que la fase de instrucción en este particular requiere de normas versátiles. Los criterios que el legislador puede seguir –en aras de la complejidad de la tramitación– pueden ser, a título ejemplificativo, relativos a la multitud de interesados; la dificultad probatoria (por la existencia de múltiples medios de prueba contradictorios o por razón de la materia objeto de prueba); o, a la afectación del caso al siempre “sensible, interés general”. Pero no creo que ninguno de ellos llegue a dotar de una rigurosa uniformidad a las necesidades de un procedimiento en el que pueden llegar a converger circunstancias dispares. De ahí que el parámetro económico se postule como el “menor de los males”, con lo que queda esperar (y fomentar), por lo demás, el buen criterio del órgano instructor para pedir asesoramiento en aquellos supuestos que la complejidad intrínseca del caso concreto lo aconseje, e incluso en aquellas ocasiones que así lo soliciten los interesados.

B. Por otra parte, en el momento en el que se cumple el umbral económico legalmente constituido a efectos de la determinación del carácter preceptivo del dictamen, ha de entenderse, a falta de disposición legal *ex professo*, que el dictamen no

⁹⁴⁶ José María BAÑO LEÓN, “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, *op. cit.*, pág. 8 de la versión electrónica, celebra la supresión de la distinción entre el informe determinante y no determinante porque diferenciar entre estas categorías conducía a la previsión *ex lege* de informes irrelevantes o inútiles, lo cual no se puede entender desde el prisma del principio de buena administración “y del sentido común”.

⁹⁴⁷ Me refiero a una situación descrita por César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1651 a 1653, conforme a la que, por regla general, suele discriminarse el informe facultativo, en esencia, por dos razones: en primer lugar, porque es difícil su explicación bajo los prismas modernos de la celeridad y la simplificación; y, en segundo lugar, porque en muchas ocasiones puede estar presente la sospecha de la mala fe en la utilización de este informe que, en teoría “no hace falta pedir”, para dilatar el procedimiento. Pero la verdad es que, por muy fundadas que puedan estar estas apreciaciones, en lo que al procedimiento de responsabilidad patrimonial atañe, opino que los criterios de necesidad han de regir el buen hacer del órgano instructor.

Esta es también la dirección en la que apunta Isabel GALLEGO CÓRCOLES, “Instrucción del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, págs. 1323 y 1324, al destacar que el informe facultativo “no devalúa su contenido ni relega su importancia respecto a los informes preceptivos”, siendo que incluso la jurisprudencia, en alguna ocasión, ha apreciado una especie de presunción *iuris tantum* de certeza a dichos informes, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

es vinculante⁹⁴⁸. De ahí que tampoco sea posible la impugnación autónoma del dictamen⁹⁴⁹. Ahora bien, el dictamen preceptivo es, en palabras de CIERCO SEIRA, “la especie probablemente más influyente dentro del género”, ya que alberga un *elemento de instrucción cualificado* y necesario para resolver con suficiente conocimiento de causa⁹⁵⁰. Esta concepción incide de modo directo en el desempeño volitivo de la Administración a la hora de abordar la decisión sobre si acatar lo aconsejado por el dictamen o de apartarse del mismo.

En el primero de los casos, cuando la Administración decida seguir el criterio del dictamen, la ley del procedimiento acepta la motivación *in allunde* de la resolución final, o, dicho de otra forma, se permite motivar la resolución por remisión al informe (art. 88.6 de la LPAC)⁹⁵¹, lo que no deja de ser una lección elemental de economía procesal. Y es válida en tanto en cuanto los interesados verán satisfechas sus garantías a una resolución motivada, porque qué mejor que el dictamen de un consejo consultivo para ilustrar los razonamientos de una decisión. Pero es de advertir que la motivación por remisión no es incondicionada en el ámbito relativo a la responsabilidad patrimonial. El TS ha significado que el razonamiento ha de posibilitar la impugnación crítica por el perjudicado y, por tanto, a pesar de motivarse por remisión, deberá constar en la resolución los *antecedentes de hecho* que, claramente, sirvan de enganche a los razonamientos jurídicos que le siguen⁹⁵².

⁹⁴⁸ Recordemos que el art. 80.1 de la LPAC dispone que “[s]alvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”. Por tanto, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, de la misma forma que sucedía con el RRP, debe entenderse la falta de vinculación alguna del informe, más allá de la moral. Así lo apuntaba la doctrina antes del año 2015, como por ejemplo Beatriz ALONSO SEGOVIA, “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 1720, y así lo apunta tras la nueva LPAC: véase, a modo de ejemplo, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 402

⁹⁴⁹ De este modo lo señala sin ambages la doctrina, como por ejemplo César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, pág. 1661 a 1663; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las administraciones públicas...*, *op. cit.*; o Tomás COBO OLVERA, *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad...*, *op. cit.*

⁹⁵⁰ César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1651 y ss.

⁹⁵¹ En concreto, el art. 88.6 de la LPAC dispone que “[l]a aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”. Dicho esto, queda claro el reconocimiento legal de esta posibilidad. Pero también en la jurisprudencia tiene buena acogida la motivación *in allunde*, así como destaca César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, pág. 1663, al señalar que en numerosas ocasiones el TS ha estimado cumplida la exigencia de motivación gracias a la presencia de un informe que mostraba la razón de la decisión. El autor va más allá y subraya que “el Tribunal Supremo incluso ha rebajado en ciertas ocasiones la necesidad de que el texto del informe figure formalmente en el contenido de la resolución: cuenta, antes de nada, que la resolución se apoye de forma consciente en el informe y que éste obre en el expediente de marras aunque su reproducción en el texto de la resolución se haya descuidado”.

⁹⁵² STS de 18 de diciembre de 2015 (ROJ 5547/2015), Ponente: Inés María Huerta Garicano. Se trata de un supuesto de motivación *in allunde* en resolución judicial (con lo que, entiendo que *a fortiori* debe poderse aplicar en la resolución administrativa resolutoria del procedimiento), en el que, sin recoger los antecedentes de hecho aplicables al caso, el tribunal *a quo* se remitía, por transcripción, a los motivos de desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Consejo Consultivo de Canarias, lo cual, en palabras utilizadas por la Sala, no otorgaba posibilidad alguna de defensa a los recurrentes, porque no existía conexión entre los elementos jurídicos propios de la institución con los hechos probados, lo cual se calificó como “una clamorosa incongruencia omisiva”.

De otro lado, en el segundo supuesto, también es posible que el órgano decisor se aparte del juicio emitido por el órgano consultado, lo cual puede incidir de lleno en la motivación, convirtiéndose, en este supuesto, en un elemento a pasar por el tamiz. Porque pese a la no previsión de imposición del dictamen, “el disentimiento va a exigir un esfuerzo singular a nivel argumental”⁹⁵³, pudiendo llegar a apreciarse en el caso en el que exista un dictamen pertinentemente fundado como un indicio de arbitrariedad debido a una una parca justificación para apartarse del mismo⁹⁵⁴.

C. En lo que respecta al encaje del dictamen de los consejos consultivos en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el momento de solicitarlo se hallará en el tramo final del mismo, es decir, tras el trámite de audiencia a los interesados (art. 82.1, párrafo segundo, de la LPAC) y una vez que el órgano instructor formule la propuesta de resolución o la propuesta de acuerdo por la que se podría terminar convencionalmente el procedimiento. Una propuesta debidamente firmada y que, junto con el expediente administrativo, ha de ser puesta a disposición (a través de solicitud) del órgano consultivo dictaminador⁹⁵⁵. Esta última cuestión responde a la idea de que este necesitará tener pleno conocimiento de todas las circunstancias que rodean al caso concreto, con la finalidad de facilitar la emisión de un dictamen completo y que no corra el riesgo de pecar de irregularidad⁹⁵⁶.

Deberá remitirse al órgano competente para solicitar el dictamen en el plazo de 10 días desde la finalización del trámite de audiencia (art. 81.2, párrafo segundo, de la LPAC). En concreto, la propuesta de resolución, conforme el último artículo de los citados debe ajustarse a las exigencias de contenido previstas para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial del artículo 91 LPAC, esto es: además

Considero lógica la decisión del Alto Tribunal por cuanto asegura una no implantación abusiva de la motivación por remisión, elemento de fácil perversión, ya que los interesados han de conocer con creces lo que, en la vía administrativa, la Administración da por probado y lo que no.

⁹⁵³ César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *loc. cit.*

Tanto es así esta situación que incluso en alguna CA, como en Cataluña, se ha previsto la obligatoriedad de los órganos administrativos que se aparten del dictamen preceptivo de la Comissió de fundamentar los motivos de su decisión (art. 13.6 de la LCJA), con expresa comunicación de la resolución que se adopte a la misma (art. 16.5 de la LCJA).

⁹⁵⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 84, expresa esta situación para aquel caso en el que, pese a que el informe sea facultativo, se trata de un informe aconsejable desde todos los puntos de vista.

⁹⁵⁵ La Comissió Jurídica Assessora, en sus Dictámenes de 26 de julio de 2018, núm. 167/2018, Ponente: Sonia Ramos González; o de 30 de junio de 2016, núm. 171/2016, Ponente: Antoni Vaquer Aloy, advierte que la propuesta de resolución u otro tipo de documentos que conforman el expediente administrativo han de ser remitidos con la respectiva firma de la persona competente, porque su carencia puede afectar a la eficacia de la misma.

⁹⁵⁶ Sobre este extremo, con derivación de la voluntad de facilitar el trabajo del órgano consultivo, es de destacar la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora conforme a la que se recomienda al órgano instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial que valore económicamente el daño en la propuesta de resolución aún en el caso de que lo que se proponga sea la desestimación de la reclamación, para que “la comisión disponga de todos los elementos de juicio necesarios”. Véase, por todos, los Dictámenes de 7 de mayo de 2011, núm. 83/2011, Ponente: Josep-Enric, Rebés Solé; o, más recientemente, de 28 de septiembre de 2017, núm. 272/2017, Ponente: Antoni Vaquer Aloy o de 26 de julio de 2018, núm. 167/2018, Ponente: Sonia Ramos González.

del contenido requerido para cualquier resolución administrativa (art. 88 LPAC), deberá pronunciarse sobre la relación de causalidad, y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda.

Finalmente, en cuanto a la afectación del dictamen en la vida temporal del procedimiento de responsabilidad patrimonial, este debe ser emitido en el plazo de dos meses a partir de su solicitud, plazo que, sumado a los 10 días hábiles de los que el instructor dispone, puede ocasionar un importante lapso temporal en el *iter* procedimental. Bajo esta esfera es cuando se forma una de las más importantes crisis procedimentales de la tramitación administrativa de responsabilidad patrimonial que puede surgir por la emisión extemporánea del dictamen o, directamente, por la omisión total del mismo. Su tratamiento deberá ser distinto, en términos generales, de las soluciones proporcionadas con ocasión del informe del servicio cuyo funcionamiento ha causado el daño, debido a la distinta naturaleza de uno y de otro, según como he manifestado en las páginas precedentes. Pero sobre esta cuestión volveré más adelante, ya que es merecedora de un tratamiento singular.

c) La cuantía como criterio que condiciona el carácter preceptivo del dictamen

Es posible que, en el procedimiento administrativo, en ocasiones, no sea posible determinar la cuantía de la indemnización que se reclama, o bien, que pura y simplemente, ni los interesados ni la Administración lo hagan, a pesar del mandato legal que ambos tienen en torno a ello (aunque atemperado)⁹⁵⁷. La LPAC, como en otras ocasiones, omite dar solución alguna a este percance a efectos de delimitar la obligatoriedad o no de solicitar el dictamen consultivo en el ámbito de la Administración del Estado, de igual modo que la LOCE. Y, en el ámbito de la Administración autonómica y local, habrá que estar a lo que disponga la legislación de la CA al efecto. Cabe, por tanto, realizar un análisis separado de la cuestión.

Si nos encontramos en presencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Consejo de Estado –ante el silencio de la LOCE sobre ello– viene marcando terreno hacia una *relativización de la preceptividad*, con una doctrina conforme a la que, en el caso de que no se haya cuantificado la indemnización que se pide (sea por la razón que fuere), habrá que estar a la *valoración razonada de la Administración*. Es decir, ha de ser la propia Administración quien, abanderando un criterio de razonabilidad, valore los conceptos indemnizatorios aducidos por el reclamante⁹⁵⁸. Se trata, en este supuesto, de otorgar al órgano instructor la batuta de la valoración incidental de los conceptos indemnizatorios. Así, por ejemplo, es patente, sin

⁹⁵⁷ Es preciso recordar que los reclamantes han de especificar, en la solicitud por la que ejercen la acción de responsabilidad patrimonial, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial “si fuera posible”, conforme al art. 67.2 de la LPAC. En caso de efectuarse dicha valoración económica, el art. 68.1 atribuye la carga de requerir la subsanación de la solicitud a la Administración, para que cumpla, entre otras, con esta exigencia. Pero el relajamiento de este requisito es palpable al matizar la LEC que solo debe hacerse en caso de que sea posible.

⁹⁵⁸ Doctrina reiterada los Dictámenes del Consejo de Estado de 3 de abril de 2014, núm. 207/2014 o de 13 de febrero de 2014, núm. 51/2014; que, a su vez, cita los de 12 de enero de 2005, núm. 1943/2005; o de 17 de mayo de 2012, núm. 538/2012.

más cavilación, que la reclamación por determinadas retribuciones salariales correspondientes a un mes y medio de servicio de un guardia civil, dejadas de percibir a causa de su (injusta) suspensión no alcanzaría, en ningún caso, el umbral de los 50.000, con lo que el dictamen no alcanzaría carácter preceptivo (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2012)⁹⁵⁹. Sin embargo, no en todo caso será clara esta apreciación. Sea como fuere, de estar ante un supuesto un tanto difuminado, el alto órgano consultivo del Gobierno ha apostado por otorgar un amplio margen de credibilidad al órgano instructor, dentro del parámetro de la razonabilidad.

En el marco autonómico y local, la solución prestada habrá que observarse conforme la propia legislación de la CA competente según su ámbito subjetivo y/o territorial para regular la naturaleza preceptiva o facultativa del informe⁹⁶⁰. En este ámbito, pues, se observan dos tendencias en cuanto al tratamiento de la indeterminación de la cuantía a efectos de hallar la disponibilidad del informe. De un lado, está la Comunidad Autónoma de Madrid, que opta por el camino rápido –con la finalidad, quizá, de evitar confusiones y preservar la seguridad jurídica– a la implantación vía legislativa de la solución. Pero he de advertir que esta tendencia tiene el carácter de *rara avis* en la legislación autonómica. En concreto, será preceptivo solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, “cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea *indeterminada*”, tal y como establece el art. 5.3, f) a., de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo⁹⁶¹.

Y, de otro lado, se encuentran todas las demás CCAA, que optan por dar la llamada por respuesta en su regulación y, por tanto, por no hacer precisión alguna a nivel legislativo que aclare cómo se debe actuar ante una reclamación de responsabilidad patrimonial no calculada, heredando así el silencio de la propia LPAC y de la LOCE. Es el caso, entre otras, de Cataluña, que en el artículo 8 de la LCJA, relativo a los dictámenes preceptivos, no dispone nada para aquellos casos en los que no se haya calculado la indemnización que se reclama. De nuevo, la solución debe ser dada por los propios órganos consultivos autonómicos. En el caso catalán se opta por seguir la estela de la solución proporcionada por el Consejo de Estado, aunque no en términos idénticos, sino

⁹⁵⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 17 de mayo de 2012, núm. 538/2012.

⁹⁶⁰ Ténganse en cuenta que, a fecha de hoy, todas las CCAA disponen de sus órganos consultivos propios, con la excepción de Cantabria. En este sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 164. Si bien dicha CA tiene previsto el llamado “Consejo Jurídico Consultivo”, como órgano superior de consulta y asesoramiento de las instituciones de la CA cántabra y de las corporaciones locales, en el art. 38 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Cantabria, no ha desarrollado ninguna norma de carácter legal que regule su creación. Por tanto, hasta que ello no suceda, será el Consejo de Estado el órgano consultivo encargado de dictaminar sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica y local cántabra. Véase, a modo de ejemplo y por todos, el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de enero de 2018, núm. 1059/2017, que conoce de una reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la actividad de la Consejería de Innovación, Industria, Turismo y Comercio de la CA de Cantabria.

⁹⁶¹ Véase, sobre esta cuestión, a modo de ejemplo de carácter práctico, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de 23 de febrero de 2017, núm. 80/2017.

parecidos. En concreto, la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya, en su dictamen de 2 de marzo de 2017, reitera la tradicional doctrina de esta según la cual el órgano instructor del procedimiento ha de valorar, por medio de presunciones, si la cuantía puede llegar a alcanzar una cifra igual o superior a los 50.000 euros que traza la frontera de la obligatoriedad consultiva⁹⁶². De este modo, en el dictamen citado se da la situación de que la reclamación de responsabilidad se realiza por el concepto de la “muerte” de un paciente, con lo que lo razonable sería pensar que la *causa petendi* pueda traspasar con facilidad el umbral cuantitativo. Por regla general, en base al criterio de flexibilidad para el establecimiento de la cuantía, la Comissió presume la superación de la cuantía mínima en los supuestos en los que la Administración instructora mantenga la indeterminación en la propuesta de resolución remitida al propio órgano consultivo. Ahora bien, ello se exceptúa cuando se aprecia *de forma manifiesta* que la cuantía no puede llegar al umbral exigido para el dictamen preceptivo, supuesto en el que considera que se debe declarar la inadmisibilidad de la solicitud consultiva por falta de competencia de la Comissió⁹⁶³.

d) La omisión del dictamen y sus consecuencias

Ríos de tinta se han dedicado por parte de la doctrina para cavilar acerca de la omisión de los dictámenes obligatorios de los órganos consultivos en el procedimiento administrativo, junto con otras vicisitudes como su emisión extemporánea o emisión irregular⁹⁶⁴. Si bien he tenido la ocasión de anticipar estas problemáticas de cara al estudio del informe de servicio, no me resisto a insistir en que las respuestas para unos

⁹⁶² Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 2 de marzo de 2017, núm. 42/2017, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez. Véase, asimismo, los dictámenes del mismo órgano consultivo de 7 de abril de 2011, núm. 83/2011, Ponente: Josep-Enric Rebés Solé; o de 12 de abril de 2018, núm. 62/2018, Ponente: Joan Pagès Galtés.

Dichos dictámenes tienen origen en la doctrina consolidada de la propia Comissió que se plasma, bajo aspecto de preocupación por el tema, entre otras, en la *Memoria d'activitats de la Comissió Jurídica Assessora del año 2008*, Barcelona, mayo, 2009, págs. 188 a 189, que dispone –de modo similar que el Consejo de Estado– una especie de “criterio de cierta flexibilidad para determinar la cuantía indemnizatoria”.

Otras CCAA, sin ánimo exhaustivo alguno, también han optado por una solución asimilada, así como el Consejo Consultivo de Aragón (Dictamen de 8 de abril de 2014, núm. 56/2014), o el Consejo Consultivo de Canarias (en su *Memoria del año 2015-2016*, San Cristóbal de La Laguna, septiembre, 2016, pág. 139 y 140).

⁹⁶³ Véase este posicionamiento en la *Memoria d'activitats de la Comissió Jurídica Assessora del año 2006*, Barcelona, mayo, 2007, págs. 119 a 121, en la que pone de manifiesto, además, que en el decurso del año 2006 declaró la inadmisión de hasta 6 reclamaciones por apreciar de forma manifiesta que la cuantía inicialmente indeterminada no podía llegar a los 50.000.

⁹⁶⁴ Así, César CIERCO SEIRA, “Los informes”, *op. cit.*, págs. 1664 a 1680; Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 167 y 167; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, págs. 2176 a 2185; María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* págs. 402 y 403, o, la misma autora, en su trabajo, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, págs. 31 a 34; Beatriz ALONSO SEGOVIA, “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, 1720 a 1722; Isabel GALLEGU CÓRCOLES, *Intrucción del procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, 1327 a 1329.; o Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, *loc. cit.*

mismos defectos deben ser objeto de un trato diferenciado, en virtud de la distinta naturaleza y finalidad entre uno y otro.

Pues bien, en relación con la omisión absoluta del dictamen preceptivo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial la jurisprudencia es muy heterogénea, hasta el punto de que, de pretender plasmar en unas líneas las diferentes líneas emprendidas, la nebulosa sería destacada⁹⁶⁵. Hay que partir de que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, en el momento en el que se alcanza el umbral de la indemnización marcado por la LPAC o por las leyes autonómicas de aplicación, el dictamen consultivo tendrá carácter obligatorio *ex lege*. Y la primera cuestión a elucidar será, ante su falta, si este carácter preceptivo puede ser considerado como causa de invalidez, ya sea en términos de nulidad de pleno derecho o anulabilidad⁹⁶⁶.

El efecto al que atiende la omisión del informe, en el exclusivo ámbito del procedimiento relativo a la responsabilidad patrimonial responde al tratamiento de un defecto de forma, lo cual implica que no nos encontramos, en puridad, ante un trámite esencial del procedimiento capaz de ser equiparado a una omisión total o absoluta de este, sino más bien ante una especie de trámite esencial de forma, que no tiene connotaciones de derecho subjetivo, sino de derecho adjetivo, porque, al fin y al cabo, el vicio atribuido a su ausencia no es otro que la anulabilidad⁹⁶⁷. Pero el artículo 48.2 de la LPAC es claro en relación con el requisito de que exista indefensión provocada al interesado para darse la anulación, siendo esta la regla general ante la invalidez de los actos administrativos⁹⁶⁸. Pues bien, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia es tajante al presumir la automaticidad de la indefensión cuando el dictamen preceptivo es inexistente, sin entrar a realizar –por lo general– juicio de valor alguno sobre este extremo, más allá de la simple observancia sobre el hecho objetivo de si ha habido entrada del citado dictamen en el procedimiento o no⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ Afirmaba María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 32, que “sentencias existen para todos los gustos”. Pero eso es precisamente una deficiencia del sistema jurídico que, en el concreto ámbito del derecho administrativo nos topamos a diario en relación con las causas de invalidez, siendo que ni los operadores jurídicos, ni mucho menos los justiciables, tendrán una idea de mínima solvencia predictiva sobre el asunto. Este motivo hace que hallar una solución equidistante sea la debida misión.

⁹⁶⁶ Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El procedimiento administrativo”, en la obra colectiva coordinada por Manuel REBOLLO PUIG y Diego VERA JURADO, *Derecho administrativo*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 54, describe la abstracta elucidación sobre los efectos de la omisión del informe preceptivo haciendo hincapié en que, lo frecuente es que sea considerado como irregularidad no invalidante, y solo en raras ocasiones anulable (porque no siempre causa indefensión); o nulo de pleno derecho (excepcionalmente, cuando pueda considerarse un trámite esencialísimo, y, por ende, necesario, del procedimiento). Ahora bien, esta no será la perspectiva que se encuentra, como regla general, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como tendré ocasión de apuntar en las próximas líneas.

⁹⁶⁷ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 167.

⁹⁶⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “La invalidez del acto administrativo”, en la obra colectiva coordinada por él mismo y por Diego VERA JURADO, *Derecho administrativo*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 102 y 103.

⁹⁶⁹ De esta manera, a modo ejemplificativo, las SSTs de 14 de mayo de 2004 (ROJ 3312/2004), Ponente: Agustín Puente Prieto; de 6 de octubre de 2008 (ROJ 5286/2008), Ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco; de 25 de enero de 2008 (ROJ 244/2008), Ponente: José Manuel Sieira Míguez; de 5 de febrero de 2014 (ROJ 324/2014), Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso; o, de 2 de diciembre de 2014 (ROJ

Sentada la cuestión relativa al grado de invalidez atribuido, resulta que los efectos de la anulabilidad –pese a su teórica claridad– penden de una abstracción mayor de la esperada. Inicialmente, parece que la respuesta proporcionada por la LPAC en el ámbito de los recursos administrativos ante la apuntada situación se abre a que la resolución del recurso pueda entrar en el fondo o, cuando no lo estime procedente, ordenar la retroacción del procedimiento al momento del cometimiento del vicio (art. 119.2)⁹⁷⁰. Si bien esta posibilidad, *strictu sensu*, queda vedada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial sirve de antesala a la dificultad de proporcionar una respuesta nítida en torno a los efectos de la anulabilidad de la resolución de responsabilidad patrimonial por omisión del dictamen preceptivo. Vacilaciones aparte, tras superar la concepción relativa a la simple anulación y retroacción de las actuaciones en cualquier caso⁹⁷¹, la doctrina jurisprudencial que viene ganando terreno (y que, por tanto, tiene una presencia mayoritaria) es aquella relativa a configurar los efectos de la anulabilidad a partir de la forma de terminación del procedimiento de responsabilidad. Dicho de otro modo, la anulabilidad jugará de una forma distinta según estemos en presencia de resolución expresa, presunta y, de forma más novedosa, ante la inadmisión de la reclamación.

Es así de tajante la doctrina del TS de las últimas dos décadas –con la STS de 14 de mayo de 2004 en cabeza– y que posteriormente ha ido abriéndose paso con comodidad en los tribunales de menor rango, conforme a la que, cuando la Administración haya omitido el dictamen imperativo, pero resolviendo de forma expresa, se deberán reponer las actuaciones con el fin de que exista mediación del dictamen. En cambio, ante la carencia de este y también de resolución expresa, deberá el juez contencioso-administrativo enjuiciar sobre el fondo, ya que, de lo contrario –en palabras de REBOLLO PUIG– significaría llevar a la ruina la completa operatividad de la institución del silencio⁹⁷²⁹⁷³. Y, finalmente, la reacción del TS ante la inadmisión de la

5028/2014), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy. Debo realizar la advertencia de que las sentencias citadas hablan de forma indistinta de “nulidad”, “anulación” y de “nulidad de actuaciones”, que, aunque sin determinar, de los efectos que les atribuyen, se sobreentiende que jurídicamente el vicio (quebrantamiento de forma por falta de dictamen preceptivo) atribuido es de anulabilidad, del ahora art. 48.2 LPAC. Algunas de ellas, sí lo disponen de forma manifiesta e indubitada (haciendo referencia a que el artículo aplicable era el anterior art. 63.1 de la LRJAC relativo a la anulabilidad).

⁹⁷⁰ Manuel REBOLLO PUIG, “La invalidez del acto administrativo”, *op. cit.*, pág. 116, destaca que el órgano administrativo (que conoce del recurso) resolverá sobre el fondo si tiene competencia para ello. En cambio, ante una posible falta de competencia, dicho órgano anulará el acto y ordenará la retroacción al momento procedimental en el que se haya cometido el vicio, a fin de reponer la situación justificante de la anulabilidad.

⁹⁷¹ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 167, explicaba que la jurisprudencia antes dominante consideraba la anulabilidad de la resolución cuyo vicio primordial hubiera sido explicado a partir de la omisión del dictamen preceptivo. Una jurisprudencia que, hoy en día, como veremos, sigue por regla general intacta en el vicio a atribuir, que no en el efecto del mismo, que, según el propio autor, consistía en “retrotraer el procedimiento”. Véase, en un mismo sentido, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Dictamen preceptivo del Consejo de Estado y silencio administrativo negativo”, *REDA*, núm. 71, 1991, págs. 401 a 408.

⁹⁷² Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 167 y 168.

⁹⁷³ En este sentido, la STS de 14 de mayo de 2004 (ROJ 3312/2004), Ponente: Agustín Puente Prieto, establece, de forma específica, lo siguiente: “la doctrina jurisprudencial de esta Sala más reciente

reclamación de responsabilidad patrimonial, en relación con la anulabilidad por carencia del dictamen preceptivo, se ha equiparado a una especie de resolución expresa, por entenderse que en realidad comporta una desestimación (tácita, si se pudiera decir) de aquella reclamación. Por tanto, no estaríamos ante el régimen del silencio y no cabría retrotraer las actuaciones, lo que no deja de ser una interpretación respetuosa con la base sentada por la STS de 14 de mayo de 2004⁹⁷⁴. Se desplaza –aunque no del todo– la visión clásica relativa a los efectos que produce la declaración de una determinada invalidez, *ex nunc* en el caso de la anulabilidad; y *ex tunc* en el caso de la nulidad de pleno derecho⁹⁷⁵.

La anterior doctrina jurisprudencial, con destacada presencia en nuestro quehacer judicial en la actualidad, debería superarse de una vez por todas en el ámbito de la responsabilidad patrimonial y abandonar concepciones sincréticas. Al menos en la parte que decide la retroacción de las actuaciones cuando la Administración resuelve de forma expresa o asimilada (la inadmisión), que es el terreno en el que la jurisprudencia no suele resolver sobre el fondo. De entrada, debo mencionar una evidencia. Y es que los efectos de la anulabilidad (o, de cualquier tipología de invalidez) han de ser encajados en el procedimiento de que se trate y, consecuentemente, responder a la naturaleza de las circunstancias de este. Asimismo, no ha de existir un tratamiento idéntico en cuanto a la retroacción de las actuaciones cuando se trate de actos de gravamen o de actos

considera que, cuando exista resolución expresa de la Administración y se ha omitido el dictamen del Consejo de Estado, tal defecto acarrea la nulidad debiéndose reponer las actuaciones para que se emita el mismo y, por el contrario, y ante el silencio de la Administración, cuando falta el dictamen del Consejo de Estado sin un pronunciamiento expreso sobre dicha reclamación, corresponde a la Sala enjuiciar sobre el fondo sin que proceda la nulidad de lo actuado para recabar informe del Consejo de Estado”.

Se trata de una doctrina seguida por otras SSTs, como, por ejemplo, las de 6 de octubre de 2008 (ROJ 5286/2008), Ponente: Joaquín Huelín Martínez de Velasco; de 25 de enero de 2008 (ROJ 244/2008), Ponente: José Manuel Sieira Míguez. También en sentido asimilado, las dos sentencias que se citan en la nota siguiente.

Del mismo modo, otros tribunales han seguido a rajatabla la solución relativa a la retroacción de las actuaciones ante procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que carecían dictámenes preceptivos sin mediar resolución expresa, con la AN en la cabeza, en sentencias, como por ejemplo de 28 de noviembre de 2017 (ROJ 4779/2017), Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo; de 24 de noviembre de 2015 (ROJ 4235/2015), Ponente: Felisa Atienza Rodríguez; o de 5 de marzo de 2015 (ROJ 1058/2015), Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo. Igualmente, la STSJ de Galicia de 23 de junio de 2016 (ROJ 5143/2016), Ponente: Cristina María Paz Eiroa; o de las Islas Canarias, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ 3526/2017), Ponente: Francisco José Gómez de Lorenzo-Cáceres.

⁹⁷⁴ De esta forma resuelve la STS de 2 de diciembre de 2014 (ROJ 5028/2014), Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy, que, a su vez, encuentra justificación en otra sentencia, de 27 de noviembre de 2012 (ROJ 8069/2012), dictada por el mismo ponente, que niega la retroacción de actuaciones ante la anulabilidad que deriva de un procedimiento en el que hubo inadmisión de la reclamación de responsabilidad por daños (ante la carencia de dictamen preceptivo) con la finalidad de preservar la tutela judicial efectiva y no tenga el interesado que sufrir dilaciones indebidas.

⁹⁷⁵ Para más detalles, véase el interesante estudio realizado por José Antonio TARDÍO PATO, “El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad”, en la obra colectiva coordinada por Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS, *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2017.

favorables⁹⁷⁶, como tampoco es lo mismo un procedimiento de responsabilidad patrimonial que, pongamos por caso, una licitación (en este último rigen principios como los de igualdad de trato y no discriminación que podrían llegar a justificar una nueva licitación, para que se tengan en cuenta criterios o licitadores no tenidas en cuenta con anterioridad⁹⁷⁷). Así, en el concreto ámbito de la responsabilidad patrimonial, el defecto que acarrea la anulabilidad sería la falta de dictamen. Como hemos visto, este dictamen tiene por objeto dar una garantía de rigor sobre la materia al órgano decisor del procedimiento y, al mismo tiempo, atar en corto la buena decisión con respecto a los derechos e intereses de las presuntas víctimas de la actuación administrativa. Atribuir efectos *ex nunc* a la omisión de un dictamen así, que puede resolver con las mismas garantías de acierto que un órgano judicial, no deja de ser chocante.

Pues bien, en el ámbito objeto de este trabajo, la doctrina es prácticamente unánime sobre la necesidad de que el juez contencioso-administrativo resuelva sobre el fondo. De forma ilustrativa, y abanderando el sentir doctrinal mayoritario, REBOLLO PUIG critica la retroacción de las actuaciones ante la falta de dictamen consultivo imperativo en el procedimiento de responsabilidad por considerarlo conducente “a situaciones absurdas y a demoras injustificadas”, dos situaciones que –atadas al pedestal de la tutela judicial efectiva–, forman los grandes argumentos de esta posición⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ José Antonio TARDÍO PATO, “El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad”, *op. cit.*, pág. 202.

⁹⁷⁷ A mayor abundamiento sobre el tema, véase Silvia DÍEZ SASTRE, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, en la obra coordinada por Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS, *El alcance de la invalidez...*, *op. cit.*, págs. 285 y 286.

⁹⁷⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 168.

Pero la doctrina científica mayoritaria es coincidente sobre este aspecto, pronunciándose en la misma línea, María Rosario ALONSO IBÁÑEZ, “Régimen general de la invalidez de los actos administrativos y sus efectos”, en la obra colectiva coordinada por Fernando LÓPEZ RAMÓN y Francisco VILLAR ROJAS, *El alcance de la invalidez...*, *op. cit.*, págs. 42 y 43; Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 31 y 32 de la versión electrónica; o Marcos GÓMEZ PUENTE, “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *DA*, núm. 237-238, 1994, págs. 168 a 170. El núcleo concéntrico del planteamiento de todos los autores coincide en destacar que la práctica relativa a retrotraer las actuaciones puede afectar (negativamente), sobre todo, a la tutela judicial efectiva y a las dilaciones indebidas.

De hecho, y retrotrayéndome (aprovechando la terminología) aún más en el tiempo, conviene citar lo que Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades, en el Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 58, enero-abril, 1969, decía con respecto a los efectos de la anulabilidad: “[e]n el derecho mismo al enjuiciamiento del fondo, como derecho de carácter fundamental y preminente, el principio de economía procesal y la idea misma de administración de justicia, obligan al Juez a intentar a toda costa el acceso a una decisión del fondo del debate, que sólo deberá excluirse cuando el defecto de forma apreciado sea de tal clase que impida o haga imprudente aquella decisión, por faltar los datos necesarios para obtenerla”. Esta concepción es seguida, entre otros, también por José María BAÑO LEÓN, “La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?”, en la obra colectiva coordinada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia...*, *op. cit.*, págs. 586 a 591, pero, además, el autor, considera que la retroacción de actuaciones solo debe darse ante supuestos que pueden llegar a favorecer a los interesados.

Eliminada la posibilidad de que la falta del dictamen preceptivo sea causa impeditiva de que los órganos judiciales puedan resolver sobre el fondo, no encuentro justificación alguna para seguir retrotrayendo las actuaciones en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, dado que, hasta aquel momento, todos los datos esenciales para la formación de la voluntad en torno a los

Finalmente, a modo conclusivo, me alinee con la corriente doctrinal conforme a la cual, en el terreno objeto de discusión, no debería existir nunca una retroacción de las actuaciones, dejando en el letargo a los tradicionales efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Primero, por su innecesaridad. El juez administrativo suple la función que está llamado a cumplir el dictamen consultivo en cuanto a garantía. Y segundo, por la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva en un tiempo digno o razonable. No es admisible que el interesado se vea obligado a acudir a la vía judicial, por causa imputable a la propia Administración, al haber omitido un trámite “esencial” del procedimiento y, al mismo tiempo, entre en un bucle de ambigüedad entre las vías administrativa-judicial para conseguir –algún día, *sine die*– un pronunciamiento sobre el fondo.

V. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. UNA PRIMERA TOMA DE CONTACTO: LA AUDIENCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU IMPLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En el vértice de la sección de la LPAC que lleva por título “la participación de los interesados”, se encuentra el artículo 82 relativo al trámite de audiencia. Estamos en presencia del desarrollo, a través de la ley procedimental, de un derecho constitucional, que es el art. 105 CE, apartado c), y que ordena la regulación mediante ley (lo cual no significa que se trate de una mera reserva de ley) del “procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, *garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*”. La previsión constitucional de este derecho es coherente con la notoriedad que el mismo ha tenido en el derecho administrativo desde antaño, sobre el que la doctrina más autorizada ha coincidido en señalar que se trata de toda una “garantía esencial, verdadero *minimum* sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido estricto”⁹⁷⁹.

Se trata de un derecho que deriva del principio general según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído, bajo la denominación del derecho de defensa y contradicción. Un trámite que alcanza virtualidad constitucional en el procedimiento administrativo de forma directa en tanto que así lo prevé el art. 105 de la CE. La

presupuestos de la institución ya habrán sido recabados, a través del trámite de alegaciones y/o prueba, o incluso, en el propio escrito de reclamación de la responsabilidad.

⁹⁷⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op cit.*, pág. 533; o, con esta cita expresa de los dos profesores, José Ramón PARADA VÁZQUEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en la obra colectiva dirigida por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, *Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas*, Madrid, 1985, pág. 541 y 542. En concreto, los últimos autores se esfuerzan por subrayar el constante agotamiento de la adjetivación –por parte de la jurisprudencia– del trámite en el sentido de apuntar a su nuclear relevancia. De este modo, las distintas calificaciones de la audiencia han llevado a decir a nuestro TS que este es un trámite “cardinal”, “sustancial”, “capital”, “esencialísimo” y hasta “sagrado”.

introducción del derecho a la defensa en la vía administrativa ha sido reconocida por el TC en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador en tanto que el máximo intérprete de la CE ha considerado la potestad sancionadora como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, debiéndose garantizar su ejercicio sin obstáculo alguno en las garantías de relieve constitucional⁹⁸⁰. Sin embargo, ha tenido la ocasión de matizar dicha aplicación en el sentido de que las garantías del art. 24 CE no pueden ser trasladadas sin más a la vía administrativa, “salvo que estas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones puramente penales”⁹⁸¹.

Que se dote de una especial trascendencia constitucional al procedimiento administrativo sancionador no significa que sea este un procedimiento *ad hoc* de configuración legal (o constitucional). No pretendo discurrir en profundidad sobre los entresijos de esta institución, pues se trata de un tema clásico del derecho administrativo que no es objeto del presente trabajo. Ahora bien, justifico la necesidad de realizar unas breves pinceladas para lo que luego diré. Dos son las causas por las que se explica, generalmente, la importación de las prácticas rituarías en el procedimiento administrativo (de carácter sancionador). En primer lugar, es su carácter punitivo (por su cercanía a los principios del derecho penal). Es decir, el derecho adjetivo pone a disposición de los ciudadanos mayores cauces de defensa ante un poder público que puede imponer *penas* a determinados sujetos si se considera que éstos han cometido determinados hechos. En el derecho penal, estas penas pueden tener carácter diversificado: privación de libertad, de restricción de derechos o de carácter económico, entre otras⁹⁸². Ahora bien, a excepción de la primera de ellas, las dos últimas también tienen presencia en el derecho administrativo, lo cual nos lleva a la segunda de las causas. La llamada potestad punitiva, en la vertiente que habilita a la Administración Pública a imponer *penas* explica el traslado de las garantías procesales, aunque no sea literal, al procedimiento administrativo⁹⁸³.

Pues bien, dicha reflexión tiene la finalidad de invitar a replantearse la propia naturaleza del propio procedimiento de responsabilidad patrimonial, más en concreto, sobre el carácter represivo del mismo o simplemente dispositivo. Lo fácil es pensar que el procedimiento de responsabilidad patrimonial es susceptible de provocar efectos favorables al interesado: el pago de una indemnización (en el mejor de los casos). Sin embargo, es conveniente apuntar que también es susceptible de provocar efectos desfavorables –similares a los producidos en el marco de procedimientos

⁹⁸⁰ Entre muchas otras, véase la STC de 31 de enero de 2013, núm. 17/2013, Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

⁹⁸¹ STC de 16 de febrero de 1989, núm. 42/1989, Ponente: Fernando García-Mon González Regueral.

⁹⁸² Véase, a mayor abundamiento, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, 4ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 35 y ss.

⁹⁸³ La posibilidad de imponer castigos a los ciudadanos por parte de la Administración Pública ha sido una connotación propia del sistema español, a diferencia de lo que sucede en otros países, donde se ha intentado preservar el “monopolio represivo” en el seno judicial. En este sentido, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, *RAP*, núm. 195, septiembre-diciembre, 2014, págs. 136 y 137, siguiendo a José Ramón PARADA VÁZQUEZ.

sancionadores– que se traducen en la posibilidad de imponer un castigo (el pago de la indemnización) a determinados interesados. Sería el caso de la resolución que declara responsables a terceros interesados causantes de la lesión (*p. ej.*, los contratistas de la Administración o las compañías aseguradoras).

De ahí que este procedimiento tenga una naturaleza distinta no determinada, pudiendo llegar a acercarse a la categorización de los llamados “procedimientos triangulares”, pero sin dejar de ser todo un procedimiento lineal (GONZÁLEZ NAVARRO)⁹⁸⁴. Es decir, el procedimiento de responsabilidad patrimonial es susceptible de producir efectos de dos formas: de forma acumulada, tanto efectos favorables (para el reclamante, reconociéndole una indemnización), como efectos desfavorables (para terceros interesados causantes materiales del daño, ordenándoles que paguen aquella indemnización); como de forma individualizada, referidos tan solo a efectos favorables (reconociéndole una indemnización al reclamante) pero por declaración de la propia responsabilidad administrativa, sin imputársela a un tercero. En el primero de los supuestos, las garantías propias del *derecho a la defensa* (del tercero) deberían ponerse en valor de un modo similar a si se estuviera inmerso en un procedimiento sancionador, ya que se estaría “enjuiciando” (por parte de la Administración) un comportamiento (la producción del daño) que pudiera derivar en una *condena* (administrativa) en forma de obligación de pago⁹⁸⁵. De ahí que considero que dichas garantías, similares, pues – insisto– a las que se prevén en aquel procedimiento en el que, en sentido estricto, es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, deban verse potenciadas también en el procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando estemos en presencia de ese complejo procedimiento lineal y, a la vez, triangular (con varios interesados con intereses contrapuestos).

Volviendo al propio derecho de audiencia, dicho incremento de garantías es apreciable en la novedosa incorporación del propio apartado 5, del artículo 82 de la LPAC, por cuanto prevé que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial derivado de los daños causados por la ejecución de contratos públicos deberá darse, en todo caso, *audiencia al contratista*. Y no solo eso, sino que el contratista tendrá la consideración de interesado y podrá participar activamente en toda la fase de instrucción. Sobre este extremo volveré más adelante. La línea meridiana que pretendo

⁹⁸⁴ Ahora bien, no en sentido estricto, ya que tampoco puede encuadrarse del todo el procedimiento de responsabilidad patrimonial en la categorización de Francisco GONZÁLEZ NAVARRO. Explicaba el profesor, en su trabajo Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 525, que “el procedimiento administrativo, que normalmente presenta una fisonomía lineal – la Administración es al mismo tiempo juez y parte –adopta un aspecto triangular– la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida”. Pues bien, en este sentido considero que el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como ya he tenido ocasión de apuntar en el presente trabajo, es un procedimiento mixto entre esas dos consideraciones, siendo un procedimiento lineal (en cuanto que es juez y parte del mismo) pero también triangular, por cuanto, al mismo tiempo, puede dirimir ese conflicto entre interesados (víctima y, por ejemplo, contratista de la Administración), en el que se acabe condenando a otro interesado.

⁹⁸⁵ Este asunto lo explico con detenimiento en el último capítulo relativo a la terminación procedimental.

trazar, en esta constelación procedimental, no es otra que la apertura del debate sobre hasta qué punto es influyente la sombra del artículo 24 de la CE en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, y, en especial, en torno al esencialísimo derecho de audiencia⁹⁸⁶. Esta cuestión es la que intentaré descifrar en las siguientes páginas, sobre todo en relación con el derecho a la audiencia de aquellos terceros interesados, presuntamente responsable.

2. ESQUEMA GENERAL DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LA LPAC Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Una vez realizada la capitalidad de este trámite en el procedimiento administrativo en general, y la sombra del *derecho a la defensa*, que cierne sobre el mismo, cabe significar cuál es su noción, el rol y la estructura del continente de este trámite en la secuencia procedimental. De este modo, GALLARDO CASTILLO lo define como “el paradigma del derecho a ser oído que asiste al interesado antes de que sea dictada por la Administración la resolución que le afecta”⁹⁸⁷. Visiones conceptuales aparte, la audiencia, en realidad, está formada por dos componentes disímiles: la vista del expediente y la audiencia al interesado. En este sentido, explica CIERCO SEIRA que la apertura del trámite de audiencia se lleva a cabo a través de la puesta de manifiesto del expediente, con la finalidad de que los interesados puedan recabar la información necesaria para presentar sus “definitivas” alegaciones (audiencia en sentido estricto)⁹⁸⁸.

El artículo 82 de la LPAC regula el trámite de audiencia en cinco puntos ordinales, teniendo el último de ellos un marcado carácter novedoso debido a que se trata de la introducción de una especialidad que urgía en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. El esquema general de su regulación es el plasmado a continuación. En primer lugar, el art. 82.1 LPAC regula el momento exacto en el que debe haber lugar el trámite de audiencia dentro del marco de la instrucción. Esto es, una vez instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (y también “con anterioridad a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado” u órgano consultivo autonómico, cuando estos formaran parte del procedimiento), se deberá poner de manifiesto a los interesados el expediente para darles –teóricamente– un último turno alegatorio. En cuanto a la vista del expediente, el propio precepto restringe esta posibilidad conforme a los límites de acceso que prevea la LTBG⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ En concreto, como decía César CIERCO SEIRA en *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 250 y 251, respecto al procedimiento sancionador, si se produce aquel fortalecimiento de las garantías atribuidas a los presuntos responsables, en este caso, de la producción del daño indemnizable por el mal funcionamiento del servicio público gestionado, o simplemente afectado, por un tercero.

⁹⁸⁷ María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 263.

⁹⁸⁸ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 234 y 235.

⁹⁸⁹ En concreto, y con la finalidad de facilitar el entendimiento de esta cuestión, el art. 14 de la LTBG prevé que el derecho de acceso a la información podrá limitarse cuando pudiera suponer un perjuicio para: “a) [l]a defensa nacional; b) [l]a defensa; c) [l]as relaciones exteriores; d) [l]a seguridad

En segundo lugar, el art. 82.2 de la LPAC, dispone el plazo que debe tener el trámite de audiencia y cómo, concretamente, se realiza. En cuanto al plazo, éste no será inferior a diez días ni superior a quince. Ahora bien, como observaré más adelante, este plazo no suele ser respetado en el día a día de la tramitación administrativa de la responsabilidad patrimonial, sin conllevar efectos algunos. Y, en relación con el modo de realización del trámite, la LPAC solo dispone que “podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”. Esta coletilla del art. 82.2 LPAC es la que va a provocar, como analizaré en el siguiente subepígrafe, un importante desajuste del carácter *finalista* del trámite, ya que la posibilidad de que se aporten nuevos elementos de juicio (¡al final de la instrucción!) repercutirá en la necesidad (no siempre justificada) de abrir ulteriores trámites de audiencia.

En tercer lugar, el art. 82.3 de la LPAC, prevé la posibilidad de que, antes del vencimiento del plazo de entre diez y quince días, los interesados renuncien a participar en el trámite de audiencia aportando nuevos documentos o justificaciones, y, cuando ello suceda, el precepto (con un aire encarado hacia la economía procesal) apunta a que “se tendrá realizado el trámite”.

En cuarto lugar, el art. 82.4 de la LPAC, regula lo que –junto con la laxitud jurisprudencial– la doctrina apunta como la principal fuente de relajación de la preceptividad del trámite de audiencia. En concreto, el precepto dispone que “[s]e podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”. Dada la problemática generada por esta previsión, será objeto de estudio en las páginas posteriores.

Finalmente, el art. 82.5 de la LPAC recoge una novedosa especialidad tramitadora en materia de audiencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Dicho precepto se refiere a aquellos supuestos en los que se reclame por los daños y perjuicios

pública; e) [l]a prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinario; f) [l]a igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) [l]as funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) [l]os intereses económicos y comerciales; i) [l]a política económica y monetaria; j) [e]l secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) [l]a garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) [l]a protección del medio ambiente. Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, entiendo que, debido al “interés privado superior” (art. 14.2 LTBG) que justifica un acceso a este tipo de datos, no se debe limitar el acceso en exceso, salvo en lo que ya tuve la ocasión de decir a expensas de lo dispuesto en el capítulo relativo a la ordenación del procedimiento y al acceso a determinada información del expediente. Finalmente, cabe apuntar que, en aplicación de la legislación en materia de protección de datos personales puede, asimismo, limitar el acceso a cierta información (art. 15 LTBG).

Ahora bien, la remisión a estos límites que realiza el art. 82.1 de la LPAC ha sido duramente criticada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 532 y 533, precisamente al amparo de las garantías prototípicas del *derecho a la defensa* que el interesado tiene en el procedimiento. Por tanto, al igual que el criterio que acabo de apuntar en el párrafo anterior, los autores mantienen (en virtud del art. 24 de la CE en conexión, más concretamente, con lo dispuesto en el art. 14.2 LTBG) que “[l]a obligada reserva de estos datos e informaciones puede y debe preservarse en interés de todos, pero ello ha de hacerse sin producir ningún tipo de indefensión, so pena de mutilar los derechos fundamentales que el artículo 24 de la Constitución consagra, cuyo valor es preferente en todo caso”.

causados a terceros durante la ejecución de contratos públicos conforme la LCSP (realizando la LPAC una remisión, en tal sentido, al art. 32.9 de la LRJSP)⁹⁹⁰. Cuando se trate de este tipo de responsabilidad, la LPAC se preocupa de sentar las bases de las garantías de defensa de los terceros interesados (presuntos responsables del daño): la necesidad de dar audiencia al contratista en todo caso. Pero el precepto, si bien no lo parece, va más allá del “simple” trámite de audiencia, viéndome en la obligación de subrayar que a este se le deberá notificar “cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”. Esta manifestación de preocupación por determinados terceros (los contratistas y concesionarios, concretamente)⁹⁹¹, denota una cierta profundidad en la voluntad de participación que el legislador –en consonancia con las soluciones jurisprudenciales que en las últimas décadas se han venido forjando en la práctica– quiere impetrar a la LPAC. A pesar de ello, la ley sigue huérfana de verdaderas soluciones con carácter integral que dote al procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando existen terceros (en la mayoría de las ocasiones), para garantizar así, la seguridad jurídica de todos los interesados.

Pero la profundidad de los preceptos citados (art. 82.5 de la LPAC y el art. 33.4 de la LRJSP), sin perjuicio de que se refieran expresamente, de un lado, a los contratistas y concesionarios, y, de otro lado, a las Administraciones públicas que pudieran concurrir, me obliga a formular serias dudas en torno a una cuestión de mayor categoría –ampliando los horizontes–, que no es otra cosa que el *estatuto del interesado acusado de la comisión de la presunta lesión* (el tercero no reclamante) y que, eventualmente, podrá ser responsable de los daños y perjuicios causados. Un tercero que vendrá al procedimiento con la única finalidad de ejercer su *derecho a la defensa*, que, como es natural, deberá garantizársele.

A. La ubicación temporal de la audiencia en el procedimiento administrativo y la presencia de dos circunstancias contrapuestas: el carácter conclusivo del trámite frente a la ausencia de preclusión

Yendo por partes, primeramente, considero necesario discurrir sobre las implicaciones del momento en el que el trámite de audiencia debe ser concedido. De este modo, y retomando el hilo dejado en los párrafos anteriores, decía –basándome en

⁹⁹⁰ El artículo 32.9 de la LRJSP simplemente establece que, ante este tipo de responsabilidad por daños derivados de la ejecución de contratos públicos, cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, se seguirá el procedimiento previsto en la LPAC. Ello sin perjuicio de lo que establezca el “Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”. Ahora bien, pese a la literalidad legal (aún no modificada), debe entenderse que la remisión, en cuanto a las especialidades que, en materia procedimental de la reclamación de responsabilidad por este tipo de daños, se hace a la vigente LCSP. En concreto, al artículo 196 de la LCSP.

⁹⁹¹ Aunque el art. 33.4 de la LRJSP disponga que la Administración competente para tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial estará obligada a “consultar” a las restantes Administraciones implicadas, entiende –adecuadamente– Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la ley 39/2015...”, *op. cit.*, pág. 599, que, en realidad, aquella consulta es todo un trámite de audiencia, circunstancia que tilda de “acertada”.

la literalidad de la LEC y en el entendimiento de la doctrina más autorizada— que el trámite de audiencia se conforma como una especie de *trámite de alegaciones definitivas*. Pero lo hago sin demasiado convencimiento. La razón radica en la relajación de su carácter finalista, más en concreto, en el hecho de que, si bien es verdad que en el momento del trámite de audiencia se estaría ante un *expediente listo para resolver*— tal y como apunta, entre otros, CIERCO SEIRA⁹⁹²—, no lo es menos que, como el propio autor destaca, este trámite no tiene un carácter preclusivo, siendo posible la práctica de nuevos actos de instrucción⁹⁹³.

En efecto, tal y como dispone el art 82.1 de la LPAC, la audiencia (vista del expediente más formulación de alegaciones) se sitúa en un momento posterior a la instrucción del expediente “e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”. Pero no solo eso, sino que la audiencia será incluso anterior a la solicitud del dictamen consultivo que, como ya hemos visto, en muchas ocasiones tendrá carácter preceptivo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial; o del informe de la Asesoría Jurídica. Esta situación, junto con la posibilidad de que terceros interesados en

⁹⁹² César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 236, explica que el rasgo definitorio más elemental de la audiencia a los interesados es el avanzado estado en el que se encuentra el procedimiento, porque la Administración ya dispone de todos los elementos para adoptar una decisión, situación que permitirá al interesado “desplegar una argumentación de conjunto sobre todo lo actuado”. El autor cita a FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 700, que sitúa al trámite de audiencia en la posición de ser una clase del concepto matriz de alegaciones como son, precisamente, las “alegaciones conclusivas”.

En este sentido, de igual modo son claros Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 532, al diferenciar la posibilidad de formular alegaciones en el curso del procedimiento (conforme el art. 76 LPAC) del trámite de audiencia (art. 82 LPAC), apuntando a que no se trata de una duplicidad, afirmación que se basa en la distinta finalidad de ambas figuras. Como los propios profesores destacan, “[l]a funcionalidad del trámite de audiencia es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, *consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento*” (la cursiva es mía).

Insiste también en esta línea, con amparo jurisprudencial, María Isabel JIMÉNEZ PLAZA, *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 148 y 149, apuntando que es el momento en el que se finaliza la tramitación de la fase de instrucción el que garantizará al interesado la completitud del expediente “y que por tanto la audiencia no se efectúe sobre fragmentos o partes del mismo”. Asimismo, la autora apunta —en lo que parece una clara voluntad de diferenciación del trámite de audiencia con el de las alegaciones (abierto hasta esta fase)— que la razón de ser del trámite es “conformar el acto administrativo que pone fin al procedimiento”.

A mayor abundamiento sobre el carácter finalista del trámite de audiencia, véase también Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, *op. cit.*, pág. 79; o Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 55.

⁹⁹³ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 238 a 240. La idea de la preclusividad del trámite de audiencia en el procedimiento finiquitaría la concepción de *elasticidad* de este y, además, “provocaría una distorsión en la comprensión del contradictorio administrativo”.

Sobre este extremo, la *Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía del año 2017*, *op. cit.*, pág. 96, siguiendo el consolidado parecer de dicho órgano consultivo, reafirma la necesidad del carácter finalista de la audiencia en el procedimiento, señalando que la práctica de nuevos trámites que implicaran elementos nuevos tras la práctica del trámite de audiencia sería desajustado de la legalidad. Pese a ello, matiza que, si esto ocurriera, debería volverse a dar otra vez audiencia al interesado. Esta última es la posición habitual aceptada generalmente por la doctrina consultiva, como en las siguientes páginas observaremos.

el procedimiento aporten en esta fase de la instrucción nuevos elementos de juicio (sean alegaciones, pruebas o los dos) llevan a que el labrado de esta figura sea, cuanto menos, más pantanoso y, por ende, inobservado por los órganos instructores. Ahora bien, el supuesto del desconocimiento de los informes en materia de asesoría jurídica o dictamen consultivo por parte de los interesados en el momento de abrirse el trámite de la “última palabra” no es causa de indefensión de los interesados y, por tanto, no afecta en modo alguno al devenir de sus garantías⁹⁹⁴. Sin embargo, sí cabe la posibilidad de que, a partir de la audiencia, se introduzcan nuevos elementos de juicio sobre los que, los interesados, deberán posicionarse, situación justificativa de la necesidad de *la apertura de una segunda, o ulterior, audiencia*⁹⁹⁵.

B. Efectos de la falta de preclusión del trámite: la audiencia como definitiva, la pluralidad de audiencias y la pérdida de peso de esta

Si apunto la idea de la teórica *carencia de preclusividad* del procedimiento administrativo, y, consecuentemente, la posibilidad de abrir una segunda audiencia – pese al carácter finalista de la figura– en el mismo, debe verse qué afectación le infliere dicho postulado al procedimiento de responsabilidad patrimonial. De entrada, parece que poca incidencia va a tener esta situación cuando solo exista un reclamante y la propia Administración reclamada y, por el contrario, mucha cuando haya más interesados (los terceros; como pueden ser contratistas o concesionarios, aseguradoras, otras Administraciones, etc.)⁹⁹⁶. Por consiguiente, me voy a centrar en este último caso, ya que sus soluciones también podrán ser aplicadas, análogamente, en el caso de la reclamación simple de responsabilidad patrimonial.

Dentro de este marco de reflexión, es preciso advertir una bifurcación tendencial en la forma de practicar el “trámite de audiencia”. A pesar de su carácter finalista –lo que implica que la audiencia debería localizarse en la parte final de la fase de instrucción procedimental y antes de la solicitud de los informes de asesoría jurídica y consultivos pertinentes–, por tanto, conformándose teóricamente como la *última actividad alegatoria de los interesados*; en la práctica, la audiencia puede (y suele) convertirse en unas simples alegaciones más dentro de la fase procedimental (art. 76 LPAC). La causa se localiza precisamente en dos modos de hacer: de un lado, pueden existir diferencias

⁹⁹⁴ En este sentido, sobre la cuestión relativa al desconocimiento de los interesados del contenido de los informes y dictámenes –he de advertir, que no está dentro de estos el *informe del servicio*, porque éste sí debe conocerse– señala Myriam QUINTANILLA NAVARRO, *El derecho de audiencia en la doctrina legal del Consejo de Estado*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 111 y 112, que podrán estos formular las alegaciones pertinentes relativas al contenido de los señalados informes y dictámenes en vía de recurso (en nuestro caso sería ya contencioso-administrativo). Pero más allá va César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 241 y 242, que aplaude la anterioridad temporal del trámite de audiencia al dictamen consultivo porque este ha de poseer un conocimiento cabal y completo de toda la tramitación (incluso la “última palabra” de los interesados que, técnicamente, sería la formulada en la audiencia final).

⁹⁹⁵ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 238.

⁹⁹⁶ Téngase en cuenta, que, en la actualidad, debido a que la mayor parte de Administraciones disponen de seguro en materia de responsabilidad patrimonial, también en la mayor parte de las ocasiones (valga la redundancia), estará presente, al menos, un tercer sujeto que podrá hacerse cargo de una futura indemnización: la compañía aseguradora. Sujeto que, no olvidemos, es legitimado pasivo en el procedimiento y, consecuentemente, dispone del rango de interesado, con todo lo que ello implica.

temporales en el otorgamiento individual del trámite de audiencia a los distintos interesados; y, de otro lado (y el más común), debido a la introducción de nuevos elementos de juicio. Pues bien, el primero de los casos apuntados sería un supuesto de *abuso de la falta de preclusión del trámite*, y, el segundo de ellos, por el contrario, considero que es el motivo real que permite justificar aquella falta de preclusión.

Sobre el primero de los casos, he podido constatar dos modos generales de obrar en cuanto al otorgamiento del trámite de audiencia: de un lado, la audiencia conjunta de todos los interesados; y, de otro lado, la audiencia como trámite individualizado y separado temporalmente para cada interesado. Del buceo por distintas formas de proceder por parte de los instructores (a partir de la narración de la tramitación que suele realizar la doctrina consultiva), se destacan las mencionadas modalidades. El otorgamiento de un trámite de audiencia “individualizado” es, por lo común, más habitual de lo que pudiera pensarse, y consiste en otorgar el trámite de audiencia (vista del expediente más audiencia en sentido estricto *ex art. 82 de la LPAC*; y no la apertura de trámites alegatorios conforme el art. 76 LPAC) a cada uno de los interesados (o grupos de ellos) de forma individual y en fechas distintas⁹⁹⁷. Esta práctica, en puridad,

⁹⁹⁷ Con la finalidad de ilustrar estas situaciones (que pasan desapercibidas tanto en la propia doctrina consultiva como en la jurisprudencia), voy a poner unos cuantos ejemplos. Como digo, esta situación se da cuando existen una pluralidad de interesados, y, el esquema general sería el siguiente: la presencia de un interesado reclamante; un interesado reclamado primero (aseguradora de la Administración); e interesados posteriores (por ejemplo, contratista de la Administración). El caso de dicho esquema es, por ejemplo, el que conoció el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 31 de mayo de 2018, núm. 99/2018, Ponente: Marta Franch Saguer. Se trata de un supuesto de reclamación de responsabilidad al Ayuntamiento de Barcelona por los daños causados a la reclamante a causa de la caída en la vía pública, atribuida a los servicios de limpieza por la utilización de agua sin tomar medidas de protección antideslizantes.

Entre otros trámites no destacables en este momento, la víctima presentó reclamación de responsabilidad patrimonial en fecha 12 de mayo de 2016, que fue admitida por oficio de 9 de junio de 2016. Sin embargo, cabe destacar que, en aquel momento, no fue comunicada la reclamación a terceros interesados que posteriormente sí intervendrían en el procedimiento como tal (la aseguradora de la Administración y la empresa concesionaria), y que, en el caso de esta última ya había sido identificada (solo identificada) con anterioridad a la admisión de la reclamación. Pese a ello, se siguieron otros trámites típicos de la fase de instrucción.

En fecha 31 de agosto de 2017, esto es, ¡un año más tarde!, la Administración decidió dar audiencia y vista del expediente a la empresa concesionaria del servicio de limpieza. Y, posteriormente, en fecha 10 de octubre del 2017 se comunicó a la reclamante y a la compañía aseguradora de la Administración la apertura del trámite de audiencia. Por tanto, primero se otorga trámite de audiencia (en sentido estricto) a la concesionaria, y más de un mes después (tras recibir la respuesta de la concesionaria), se otorga a la reclamante y a la aseguradora. Pese a que la Comissió no duda en señalar la correcta tramitación del procedimiento (salvo en el plazo para resolver), no considero que el tratamiento del trámite de audiencia haya sido adecuado. Tiene cierto sentido desde el punto de vista de las garantías del reclamante que este conozca ya en trámite de audiencia lo alegado por el contratista (presunto responsable directo). Ahora bien, no se trata de que el órgano instructor trate de desvirtuar el sentido de la audiencia, otorgándola a los interesados individualmente en un ámbito temporal distinto. El problema radica en el origen del procedimiento, en la fase de incoación. Si el acuerdo de admisión de la reclamación hubiese llamado al procedimiento a todos los interesados, estos hubiesen podido participar activamente en toda la instrucción del mismo (planteando alegaciones, proponiendo prueba, y, al final, emitiendo unas alegaciones definitivas [audiencia en sentido estricto]), sin que hubiera hecho falta desnaturalizar el último de los trámites indicados.

consistiría en una alteración relevante de lo que, conceptualmente, se entiende por dicho trámite, rebajándolo a una “simple” alegación de trámite (no definitiva); lo que induce al riesgo de que, en la audiencia que se abra con posterioridad en el tiempo, se aleguen y aporten nuevos documentos sobre los que el interesado que hubiere tenido apertura de la audiencia con anterioridad no las hubiera podido prever⁹⁹⁸. Y, todo ello, muy a pesar del principio de celeridad del procedimiento, que obliga a concentrar trámites cuando sea admisible un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo (art. 72 LPAC), precepto que considero vinculante para el trámite de audiencia. En este caso, dos son los efectos que pueden darse: en primer lugar, que el órgano instructor no observara la introducción de nuevos elementos de juicio, lo que podría provocar la indefensión del interesado que no ha tenido la oportunidad de posicionarse⁹⁹⁹; o, que el órgano instructor sí la observe y, en consecuencia, abra un

Pero más destacable es el relato procedimental explicado en el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 1 de febrero de 2018, núm. 23/2018, Ponente: Isabel Pont Castejón. También se trataba una reclamación de responsabilidad por caída en la vía pública ante el Ayuntamiento de Barcelona, y con la presencia –en calidad de interesados– de la reclamante, de una empresa pública dependiente del Ayuntamiento, de una empresa contratista, y de la aseguradora de la entidad local. Lo curioso del caso es que, del relato fáctico de la instrucción, se desprende que se han abierto ¡hasta cinco trámites de vista y audiencia!, en una tramitación que ha tenido lugar entre los años ¡2012 y 2018!

Sin perjuicio de formulaciones anteriores de alegaciones, el orden cronológico de las audiencias fue el siguiente: a) en fecha 28 de agosto de 2013 el instructor comunicó a una de las empresas contratistas la apertura del trámite de audiencia; b) en fecha 13 de marzo de 2014 el instructor comunicó al representante de la reclamante que se abría el trámite de audiencia; c) en fecha 3 de diciembre de 2015 el instructor comunicó a la representante de la reclamante que se abría (nuevamente) el trámite de audiencia; d) en fecha 3 de mayo de 2017, en palabras de la propia Comissió, “el instructor comunicó al representante de la instante que se abría un tercer trámite de audiencia y vista del expediente” (lo que en realidad era el cuarto); e) y, finalmente, en fecha 6 de septiembre de 2017, se comunicó a la empresa contratista que se abría de nuevo el trámite de audiencia y vista del expediente (y ya van cinco). Cabe apuntar que entre audiencia y audiencia se realizaron diferentes diligencias propias de la instrucción, pero con una desvirtuación absoluta del trámite, que debería tener un carácter final una vez practicadas todas las actuaciones posibles y con presentación de las diversas alegaciones (que pueden tener lugar, en principio, hasta el trámite de audiencia). Esto supone, en mi opinión, un *exceso de no preclusión en el trámite*, además de la manifiesta dilación temporal de tramitación de todo el procedimiento; aunque nada apunta la Comissió sobre lo primero, y sí sobre lo segundo.

Finalmente, otros casos similares, en los que el trámite de audiencia se otorga individualmente a los interesados, encuadrado en un marco temporal distinto, son los conocidos, *ad exemplum*, por la Comissió, en sus Dictámenes de 15 de junio de 2017, núm. 172/2017, Ponente: Antoni Vaquer Aloy; de 26 de julio de 2016, núm. 207/2016, Ponente: Lluís Saura Lluvià (en concreto, en este caso, la Comissió señala que el otorgamiento del trámite de audiencia ha sido muy cuidadoso, cuando se ha abierto hasta en tres ocasiones); o, finalmente, de 29 de septiembre de 2016, núm. 262/2016, Ponente: Joan Pagès Galtés.

⁹⁹⁸ A nadie se nos escapa que en este caso aquel solo tendría una visión parcial del contenido del expediente y, por tanto, el trámite de audiencia no cumpliría con su cometido, el de sentar el posicionamiento de los interesados sobre la totalidad de la instrucción, para servir como alegato final que el órgano competente para resolver deberá tener en consideración.

⁹⁹⁹ Aunque la introducción de nuevas alegaciones por parte de alguno de los interesados en un trámite de audiencia posterior no implica, automáticamente, la introducción de nuevos elementos de juicio, pudiendo suceder que sea una mera reiteración de argumentos ya reproducidos en otra ocasión de la fase de instrucción. Pero será competencia del órgano instructor averiguar si lo estipulado por aquel interesado puede afectar, de alguna forma u otra, al *derecho de defensa* de los demás, siendo obligatorio –en caso afirmativo– que se les dé la posibilidad de plantear un nuevo posicionamiento.

segundo (o ulterior) trámite de audiencia, lo que, desvirtuaría la naturaleza de este trámite conforme lo estipulado en el art. 82.1 de la LPAC. Además, esta forma de tramitar es un elemento más, artifice de la importante dilación en los plazos de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, siendo habitual, cuando así se tramite, que el procedimiento dure muchos años¹⁰⁰⁰.

Pero, por otra parte, la no preclusión del trámite de audiencia también tiene su vertiente positiva, cuando, por circunstancias de la instrucción se introduzcan elementos con carácter novedoso sobre los que los interesados no han tenido la ocasión de posicionarse. Es en este terreno cuando se podría llegar a justificar una segunda o ulterior audiencia. Imaginemos, *ad exemplum*, que con posterioridad al trámite de audiencia se detecta por el órgano instructor que el expediente está incompleto (que la historia clínica de un paciente no proporciona toda la información que debería¹⁰⁰¹); o que alguno de los interesados participantes en el procedimiento aporten documentación nueva (la aseguradora que introduce un nuevo informe pericial¹⁰⁰²). Si bien el derecho a una buena Administración, y por extensión, a una buena tramitación, aconsejaría que la solución fuera *in origine* (desde el comienzo de la instrucción) –en los casos en los que sea posible– no es menos cierto que en otras ocasiones ni siquiera una correcta tramitación garantizaría la falta de elementos sorpresivos provocantes de una ulterior audiencia (*p. ej.*, por aparición de nuevas pruebas). Pero el hecho de tramitar bien o mal sí que deslindaría los supuestos en los que se hace un buen uso de la flexibilidad del procedimiento administrativo (su no preclusión) y los supuestos en los que, en realidad, lo que se hace es un *mal uso*.

Sobre esta posibilidad, véase, por ejemplo, la STS de 16 de junio de 1997 (ROJ 4242/1997), Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas. La sentencia reproduce una interpretación típica del final del siglo XX que, sin embargo, considero aplicable a día de hoy: “si bien es cierto que el trámite de audiencia (...), constituye, por general, un requisito esencial de validez del procedimiento, cuyo fundamento hay que buscar en el indeclinable principio de contradicción (...), no es menos cierto que su observancia es innecesarias, por exigencia de dicho principio; cuando su omisión no produce indefensión a los interesados, y de aquí que el propio art. 91, en su apartado 3, autorice a *prescindir del referido trámite ‘cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas (...)*”. La cursiva es mía.

¹⁰⁰⁰ La tardanza en la tramitación procedimental a causa (en parte) de la apertura de “diversos trámites de audiencia”, ha sido apuntada por el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, de 21 de abril de 2016, núm. 93/2016, Ponente: Isabel Pont Castejón.

¹⁰⁰¹ Así como sucedió en el relato fáctico del Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, de 5 de julio de 2018, núm. 134/2018, Ponente: Maria Mercè Darnaculleta Gardella. En un supuesto de responsabilidad patrimonial enmarcada en el ámbito de la asistencia sanitaria, se detectó una información parcial en la historia clínica del reclamante, lo que llevó al órgano instructor a requerir más documentación médica, y una vez aportada esta, se concedió a la interesada una segunda audiencia.

¹⁰⁰² Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de 7 de enero de 2016, núm. 11/2016, Ponente: Tomàs Font Llovet; tratándose de un asunto de reclamación de responsabilidad por daños a raíz de una caída en la vía pública. En este caso, la compañía aseguradora presentó un informe pericial médico y escrito de alegaciones con posterioridad al trámite de audiencia entablado solo a la reclamante. En puridad, la tramitación se encuentra viciada en origen, porque no se realiza una audiencia *strictu sensu* una vez oídas todas las partes en el procedimiento y sentado todos los elementos de juicio, sino que primero se otorga un trámite de audiencia a la reclamante, sin que esta tuviera conocimiento de la posición del tercero interesado (la aseguradora).

Sin embargo, mucho me temo que esta última solución tendrá un complicado camino invalidante, en el sentido de que, *de facto*, la tramitación estará mal, y con apartamiento del tenor de la LPAC. Pero la respuesta *de iure*, ante aquella mala práctica, tendrá, en abstracto, difícil aplicación práctica que sea eficaz. Si hasta la omisión, pura y simple, del trámite de audiencia (cuando no provoca indefensión a los interesados) es perdonable (esquivando así los efectos invalidantes que el ordenamiento jurídico le pudiera imponer), ¿Cómo no va a ser peor deslindar los efectos de un mal uso de esta figura? Mal uso, que, en muchas ocasiones puede tener una voluntad muy bienintencionada: al fin y al cabo, otorgar 5 trámites de vista y audiencia (*ex art. 82 LPAC*) puede ser fruto de un exceso de celo del órgano instructor, con el fin de *hipergarantizar* los derechos de los interesados a ser oídos. Algo así como una *instrucción defensiva*. ¿Podría esta conducta ser anulable, por no situarse en el período temporal marcado por la LPAC, esto es, una vez instruido el procedimiento y antes de la emisión de los informes jurídico-consultivos y de la propuesta de resolución? ¿O es mejor salvar dichos obstáculos de rigidez, en base, precisamente, a la flexibilidad que siempre ha caracterizado al procedimiento administrativo?

Si bien me inspira cierto vértigo la vulgarización (con la consiguiente pérdida de sustancia) del trámite de audiencia, varias son las ideas que me llevan a pensar que la balanza debería decantarse hacia la segunda de las soluciones. En primer lugar, es la propia elasticidad o flexibilidad del procedimiento administrativo común (derivada del principio de economía procesal¹⁰⁰³) que, de entrada, permite la no preclusión del mismo. Pero lo que además tolera es la dispensación del formalismo de los trámites (eficacia de la actuación administrativa) para equilibrarlo con la preservación de los derechos de los administrados, tal y como estipula el Preámbulo de la LPAC¹⁰⁰⁴. Por tanto, en virtud de la *encrucijada formalismo-flexibilidad*, concepción según la que el primero decaería ante el segundo en aras de la preservación de los derechos de los interesados (a ser oídos), podría estar justificada (jurídicamente) la propia reiteración de la audiencia. A mayor abundamiento, es la propia LPAC la que, prescindiendo de atisbo alguno de preclusividad, en su artículo 84 (esto es, dentro de la fase de terminación), prevé que el órgano para resolver acuerde, motivadamente, la realización de actuaciones complementarias (estrictamente no sería un trámite de audiencia, sino más bien unas alegaciones posteriores a la fase de instrucción), respondiendo así a un parámetro de

¹⁰⁰³ Francisco LÓPEZ MENUDO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 129, septiembre-diciembre, 1992, pág. 57, o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 549 y 550.

¹⁰⁰⁴ Dicho Preámbulo defiende la introducción de los principios del artículo 103 de la CE en la ley procedimental, “entre los que destacan el de eficacia y el de la legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho”, lo que debe materializarse a través de “una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los ciudadanos y las empresas”.

Este baile de equilibrios ya fue puesto de manifiesto por Enrique SERRANO GUIRADO, “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 4, enero-abril, 1951, pág. 129, nada más iniciar su exposición sobre *la forma* en el procedimiento administrativo, apuntando de un lado, que esta forma, condicionadora de la validez de las resoluciones administrativas y garantía de los interesados; es, de otro lado, un cauce flexible a través del cual se permita la “libertad legal de la Administración en el cumplimiento de sus fines”.

necesidad: ya que podrá motivar la práctica de las actuaciones complementarias “indispensables para resolver el procedimiento”¹⁰⁰⁵.

Ahora bien, no cabrá la pluralidad de audiencias –insisto, siempre de cara a un hipotético vicio invalidante– cuando el órgano instructor no pretenda la salvaguarda de los derechos de los interesados, sino que, bajo esta excusa, busque la mera dilación procedimental (indebida), actuación que, en todo caso, debe acarrear reproche legal¹⁰⁰⁶.

En segundo lugar, difícilmente podría explicarse una declaración de invalidez de una resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por esta razón. En el caso de tratarse de la anulabilidad de esta, no podría justificarse una eventual pronunciación sobre el fondo por parte del órgano jurisdiccional, pero ni mucho menos la retroacción del procedimiento, que no sería un efecto compensable de la repetición del trámite de audiencia. ¿De qué le serviría al reclamante la retroacción procedimental por esta causa? Es más, para la existencia de anulabilidad debe haberse causado indefensión a los interesados, y es inimaginable que la repetición del trámite sea susceptible de provocar dicha indefensión, ya que lo que persigue es justamente lo contrario: garantizar (excesivamente) los derechos de los interesados.

Y, en tercer lugar y, por último, idea que he introducido en las páginas anteriores, es la propia LPAC y luego la jurisprudencia la que diluye aquel rasgo marcado de *esencialidad* que teóricamente tiene el trámite de audiencia. De un lado, ya de por sí la jurisprudencia rebaja el impacto invalidante del vicio de la omisión del trámite de audiencia, ¿con qué argumentos se va a castigar la reiteración del trámite? Y, de otro lado, el propio art. 82 LPAC, en sus apartados 3 y 4, especifica que se podrá tener por realizado el trámite cuando así lo manifiesten los interesados, o cuando no figuren ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otros elementos de juicio que los aducidos por los interesados, respectivamente.

¹⁰⁰⁵ En concreto, el art. 87 de la LPAC, prevé lo siguiente: “[a]ntes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento. El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes tras la finalización de estas. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias”.

¹⁰⁰⁶ El control del fin de la reiteración de audiencias puede realizarse mediante la formulación de un *juicio de necesidad* o, dado el carácter discrecional de la observancia del trámite de audiencia por parte del instructor, a través de las técnicas de control de la discrecionalidad. En concreto, y siguiendo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, *op. cit.*, págs. 488 a 499, a través del control de los elementos reglados del acto discrecional (más en concreto, la desviación de poder); el control de los hechos determinantes; el control a través de los Principios Generales del Derecho; y, quiero destacar, sobre todo, la lógica de la motivación, que “es un elemento esencial de toda decisión discrecional y consiste en la expresión formal de las razones que la justifican”, siendo, su ausencia, todo un indicio de arbitrariedad.

El único reproche podría ser lo que viene siendo un verdadero problema en los procedimientos de responsabilidad patrimonial: la dilación de su tramitación. Si ya de por sí el procedimiento padece retrasos como norma general, más los padecerá cuando existan multitud de audiencias. Pero en estos casos, tomar medidas que impliquen aún más retraso (la retroacción) no son la solución. En todo caso, lo sería la búsqueda de responsabilidades (disciplinaria o patrimonial)¹⁰⁰⁷. Por lo demás, con respecto al tratamiento de la omisión del trámite de audiencia (verdadero motivo de decaimiento del trámite de audiencia), me remito a las próximas páginas, donde será analizado con mayor detenimiento.

C. Una reflexión: la conveniencia de recuperar el carácter conclusivo y concentrado del trámite de audiencia

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, en especial, sin perjuicio de la difícil configuración de una hipotética invalidez, considero que la reiteración de audiencias en todo caso debe responder *a una utilidad*, y que no se resuma en una mera *tramitación defensiva* del órgano instructor. De este modo, con el objetivo de no banalizar el trámite, y que este siga teniendo una virtualidad propia y de utilidad –tanto para los interesados como para las Administraciones– debo apuntar dos propuestas axiomáticas: de un lado, la audiencia ha de preservar su rasgo característico consistente en tener lugar *al final* de la instrucción (respetando la literalidad y funcionalidad del art. 82.1 LPAC); y, de otro lado, y consecuentemente a lo anterior, que la audiencia se abra para todos los interesados en el mismo trámite (según el principio de concentración de trámites del art. 72 LPAC).

El motivo del carácter finalista del trámite de audiencia tiene una justificación notoria, por lo que no me corresponde a mi más alegato que lo que ya se ha dicho a lo largo de décadas en la doctrina administrativista. Y dicha justificación se sustenta en la diferenciación entre las alegaciones (art. 75 LPAC) y el trámite de audiencia (art. 82 LPAC). Siguiendo en este sentido a TARDÍO PATO¹⁰⁰⁸, tres son las principales diferencias: a) la voluntariedad de la presentación de alegaciones para los interesados, y, asimismo, para la Administración, mientras que la audiencia sí que conlleva una obligatoriedad para esta (salvo los casos legales en los que se pueda prescindir, arts. 82.3 y 82.4 LPAC); b) la indiferencia temporal de las alegaciones, pudiéndose presentar en cualquier momento antes –precisamente– del trámite de audiencia, que, ordinariamente, es el último cauce alegatorio; y c) el trámite de audiencia no solo busca la formulación de alegaciones, “sino poner en conocimiento la totalidad del expediente y permitir al interesado realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses con base a lo actuado en el procedimiento”¹⁰⁰⁹, y como manifestación del derecho a la defensa, que, como he

¹⁰⁰⁷ Sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial véase el Capítulo relativo a la Ordenación del procedimiento.

¹⁰⁰⁸ José Antonio TARDÍO PATO, “El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992”, *RAP*, núm. 170, mayo-agosto, 2006, págs. 114 y 115.

¹⁰⁰⁹ En el mismo sentido también César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 237, que dispone que es en este momento en el que se garantizará el debate dialéctico “sobre los

tenido la oportunidad de apuntar anteriormente, goza de virtualidad propia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Desde mi punto de vista, este último rasgo característico, en lo que atañe a la diferenciación con las alegaciones, es el que debe explicar la necesidad de preservar el rol de cada uno de los dos cauces participativos de los interesados, ya que tienen una vocación bien diferenciada. De este modo, las alegaciones en el procedimiento de responsabilidad patrimonial han de responder a un *proceso investigador* (típico de cualquier instrucción), en el que el único objetivo sea la formación de una percepción íntegra de los hechos (qué ha pasado, qué sujetos intervienen, cuál es la posición y prueba de los mismos, etc.). Ello se garantiza tanto con la posibilidad de los interesados de formular alegaciones y aportar documentos en cualquier momento anterior al trámite de audiencia [art. 72 LPAC y 53.1 e) LPAC], como con la posibilidad de que estos consulten, también en cualquier momento del procedimiento, el expediente administrativo [art. 53.1 a) LPAC]. Si se utilizan correctamente estas posibilidades durante el curso del procedimiento, dejándose para el final del trámite de instrucción la apertura de audiencia, siendo este un posicionamiento definitivo de todos los interesados una vez tenidas todas las cartas sobre la mesa, se realizará una adecuada instrucción, y garantizará, de esta forma, los enteros derechos, de todos los interesados.

Pero, inevitablemente, considero que dicha práctica ha de ser impulsada de oficio por parte del órgano instructor (arts. 71 y 73 LPAC), sin el cual –por mucha diligencia que podamos requerirles a los interesados– será complicado el cumplimiento del buen funcionamiento descrito anteriormente. Así, el instructor deberá cuidar desde el principio si existen terceros interesados en el procedimiento, caso en el que se les deberá llamar e incluso –si eso sucediese– otorgarles vista de la reclamación y la posibilidad de aportar documentos y formular alegaciones, tantas veces como haga falta. Solo de esta manera se evitará una desnaturalización del trámite de audiencia, que ha de ser, como vengo repitiendo, un *posicionamiento definitivo de los interesados una vez tengan conocimiento cabal de toda la instrucción*.

Es evidente, pasando a la segunda propuesta que he mencionado –esto es, que la audiencia sea un trámite concentrado para todos los interesados, y, consecuentemente no se dé “audiencias” individualizadas y de disparidad temporal–, es un axioma necesario para cumplir con el carácter finalista del trámite. Pero además de ello, también lo ordena el artículo 72 de la LPAC, en virtud del principio de simplificación administrativa, aunque sobre decirlo, desde un punto de vista lógico (por la propia inherencia del art. 82 LPAC). Como he mostrado anteriormente, la individualización del trámite de audiencia solo provoca la entrada en bucle de los interesados (recuerdo que esto sucede, en gran parte, cuando existan terceros interesados); ya que en el momento en que uno tenga un nuevo argumento a formular, o un nuevo documento a presentar, el órgano instructor deberá otorgar un nuevo trámite (de audiencia). Por ello es

diferentes extremos del asunto que se está tramitando”; o María Isabel JIMÉNEZ PLAZA, *El tratamiento jurisprudencial...*, op. cit., págs. 147 a 150.

relevante que dicha práctica se traslade a las alegaciones durante la instrucción, y desde el inicio de esta, con el efecto de no desnaturalizar lo dispuesto en el art. 82 de la LPAC.

Como argumento concluyente, he de subrayar que en aquellas ocasiones en las que se ha hecho un buen uso de estas categorías de trámite (alegaciones-audiencia) en el sentido que aquí defiendo, los derechos procedimentales de los interesados se han visto salvaguardados y la celeridad del procedimiento de responsabilidad patrimonial garantizada, sin excesivas dilaciones (¡o incluso sin dilación alguna!)¹⁰¹⁰.

D. Las causas legales para prescindir del trámite de audiencia

A pesar de la imprescindible presencia del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, es la propia ley procedimental, la que, en su artículo 82, apartados 3 y 4, prevé dos posibilidades de remover la apertura del trámite, siempre y cuando se observe la falta de necesidad de este. Así, de un lado, el art. 82.3 LPAC prevé la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia por voluntad de los interesados; y, de otro lado, el art. 82.4, recoge una causa en virtud de la cual será el órgano instructor el encargado de valorar la necesidad de abrir el trámite de audiencia o no hacerlo, pudiendo en este caso prescindir del mismo. Veamos, a continuación, las dos causas.

A. En primer lugar, el art. 82.3 LPAC, expresa que “[s]i antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite”. Esta habilitación legal para la omisión del trámite de audiencia se muestra claramente encaminada hacia una omisión *a iniciativa de los interesados*. Sin dicha iniciativa, o manifestación –que en todo caso ha de ser expresa¹⁰¹¹–, de los interesados, el instructor no debería saltarse la apertura del trámite (salvo la segunda excepción, del art. 82.4 LPAC). Dos breves apuntes sobre esta posibilidad. Primero, el artículo 82.3 LPAC prevé,

¹⁰¹⁰ Así se desprende del estudio casuístico de los Dictámenes de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña, como por ejemplo en el de 10 de marzo de 2016, núm. 66/2016, Ponente: María Jesús Montoro Chiner, en el decurso del conocimiento de una reclamación de responsabilidad ante el Ayuntamiento de Santa María de Martorelles, en el que además de la sociedad reclamante (Coca-Cola Iberian Partners, SA), se había llamado al procedimiento desde su inicio a tres sociedades más; dándose, tras su tramitación, un concentrado trámite de audiencia a todas ellas. Así la Comissió destacó que “[e]l expediente, además, se ha tramitado con la celeridad correspondiente, sin plantear ninguna dilación, por lo que, todo, en su conjunto, se corresponde con las garantías procedimentales que se han de observar en los expedientes de reclamación de daños y perjuicios de la Administración”.

En sentido similar, véase los Dictámenes de la Comissió Jurídica Assessora, de 21 de diciembre de 2016, núm. 341/2016, Ponente: Sonia Ramos González; de 26 de octubre 2017, núm. 296/2017, Ponente: Marc Marsal Ferret; de 30 de marzo de 2017, núm. 88/2017, Ponente: Isabel Pont Castejón; o de 11 de enero de 2018, núm. 4/2018, Ponente: Marta Franch Sagner.

¹⁰¹¹ Que la manifestación de la renuncia a participar en el trámite de audiencia haya de ser expresa lo defiende César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 424, basándose en un criterio de prudencia del órgano instructor. Ello a pesar de que, tal y como el propio autor indica, esta “carga” para el interesado será susceptible de provocar el desuso de la posibilidad.

Sobre la falta de utilidad de la renuncia, dudaba Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 722, “que un interesado que no se toma la molestia de hacer alegaciones, se moleste en hacer un escrito para decir que no va a hacerlas”, posición que, según César CIERCO SEIRA, debe acogerse con cautela, ya que no reduce la significación de lo dispuesto en el art. 82.3 LPAC.

sin ir más lejos, la *renuncia* a dar contenido al trámite de audiencia, es decir, a presentar elementos de juicio, que no es lo mismo que renunciar al trámite de audiencia en sí mismo¹⁰¹². Esta previsión no es anecdótica en el procedimiento, con carácter general, pero menos aún lo es en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Como vengo apuntando a lo largo de este trabajo, en la mayoría de las ocasiones en este procedimiento son llamados terceros interesados, con intereses contrapuestos, y, por tanto, no puede un interesado (cualquier de ellos) disponer de este trámite en perjuicio de los demás. Y, segundo, en ningún caso podrá entenderse esta renuncia a participar en la audiencia como una renuncia a los derechos e intereses legítimos o una aceptación tácita de la posición mantenida por la Administración o por los demás interesados¹⁰¹³.

B. La segunda de las causas recogidas puede dar al instructor del procedimiento, indudablemente, más juego que la anterior. Pero también la considero como una causa de la cual su utilización conlleva un plus de riesgo para el caso en el que no se utilice adecuadamente (so pena de omitir indebidamente un trámite “esencial”). Pues bien, el art. 82.4 de la LPAC destaca que “[s]e podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”. Inicialmente he de manifestar que este suceso difícilmente va a producirse en el procedimiento de responsabilidad patrimonial ya que la presencia de terceros interesados va a ser mayoritaria¹⁰¹⁴. Por tanto, la presencia multipolar alterará los esquemas de utilización

¹⁰¹² César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 241, no ve plausible la renuncia del interesado al trámite de audiencia porque entiende que no es un trámite de libre disposición de este, ya que el legislador no lo ha incorporado a la ley procedimental en beneficio exclusivo del interesado.

¹⁰¹³ César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 242.

Sobre este aspecto también ha sido meridianamente claro el Consejo de Estado. En su Dictamen de 17 de julio de 2014, núm. 533/2014, ha subrayado que no se puede entender un desistimiento tácito basado en la ausencia de alegaciones, “más allá de la pérdida voluntaria del interesado de esta oportunidad procesal”, y que, “en dicho estadio de la instrucción del expediente la Administración dispone ya de los elementos para formarse juicio y que el único potencial perjudicado de la renuncia a participar en este trámite es el propio peticionario”.

¹⁰¹⁴ Eduardo GAMERO CASADO, “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *op. cit.*, págs. 221 y 222, apuntaba que ya a finales del siglo pasado, prácticamente la totalidad de las Administraciones tenían suscritos contratos de seguros con compañías aseguradoras con la finalidad de hacer frente a su hipotética responsabilidad patrimonial. El propio autor se remite al trabajo de Eduardo PAVELEK ZAMORA, “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista de derecho de los seguros privados (RDSP)*, vol. 4, núm. 3-4, 1997, pág. 17-30.

Dicha perspectiva ha provocado que incluso la propia LJCA, en su artículo 21.1 d), incluyera especialmente la presencia de las aseguradoras como codemandadas en todo caso. En este sentido, cabe citar un dato curioso proporcionado por Fernando PASTOR MERCHANT, “Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial”, en el *Informe sobre la justicia administrativa 2018*, dirigido por Sílvia Díez Sastre y coordinado por César Martínez Sánchez, págs. 162 y 163, según el cual, las compañías aseguradoras son los particulares más “codemandados” en estos supuestos, si bien los datos que proporciona muestran “que son mayoría los casos en los que la reclamación se dirige únicamente frente a la Administración” (un 63,6%). Ahora bien, no establece el informe las causas del porqué de esta “mayoría”. Pueden deberse estos números a la simple estrategia procesal de los demandantes o bien al desconocimiento de las compañías aseguradoras, habiendo prescindido la Administración de ellas en la tramitación procedimental, o simplemente, que se la póliza suscrita no hubiese cubierto los daños reclamados concretos. Se deduce esta cuestión en tanto

de esta causa de exención del trámite de audiencia en estos expedientes. Como vemos, el art. 82.4 LPAC habla de que se puede prescindir del trámite cuando no deban tenerse en cuenta más elementos que los aducidos por “el interesado”. Igual que en el caso anterior, dos cuestiones, que, en este ámbito actúan como contrapesos. La primera, de carácter más general, según la que, no se ha de escapar que esta es la verdadera causa legal de excepción del trámite de audiencia. Por tanto, no se podrá utilizar cuando surjan *hechos nuevos* en el procedimiento sobre los que el interesado no se habrá posicionado en el escrito inicial (STS de 29 de marzo de 2017)¹⁰¹⁵. Esto es complicado que suceda y, por tanto, difícil que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial no aparezcan nuevos hechos sobre los que dar la oportunidad a los interesados de posicionarse en el trámite de audiencia¹⁰¹⁶.

en cuanto se observa que en determinados ámbitos de actividad (sanitario, educación, servicios sociales, etc.), la inclusión de codemandados puede llegar incluso al 79,5%, como es en el primero de los señalados. Ámbito este que mayor presencia tiene en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Más recientemente, basta con solo echar un vistazo a la doctrina emanada por los diferentes órganos consultivos, en la que, en mayor parte de los supuestos la aseguradora es un tercer interesado que suele estar presente en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por lo que, como ya tuve ocasión de apuntarlo en el capítulo segundo del presente trabajo, suele garantizar la presencia de más de un interesado con intereses contrapuestos. Ello provoca que se deba preservar, por parte del órgano instructor, el *ejercicio del derecho de contradicción*. De este modo, y con una voluntad meramente ejemplificativa, he podido observar, de la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña que de los 13 Dictámenes dictados en fecha 6 de septiembre (tras el período estival de inactividad), en diferentes ámbitos de actividad, solo en uno de ellos no ha estado presente un tercer particular interesado, siendo la aseguradora la que más presencia ha tenido. Dichos dictámenes son los siguientes:

1) En lo que se refiere a procedimientos de responsabilidad patrimonial con presencia de un tercero: Dictámenes de 6 de septiembre de 2018 núms. 196/2018, Ponente: Sonia Ramos González (responsabilidad sanitaria); 195/2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez (responsabilidad patrimonial urbanística); 194/2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez (responsabilidad patrimonial urbanística); 192/2018, Ponente: Joan Pagès Galtés (responsabilidad patrimonial por incumplimiento contractual); 191/2018, Ponente: Joan Pagès Galtés (responsabilidad patrimonial por caída en la vía pública); 190/2018, Ponente: Antoni Vaquer Aloy (responsabilidad patrimonial sanitaria); 189/2018, Ponente: Antoni Vaquer Aloy (responsabilidad patrimonial de la Administración de menores); 188/2018, Ponente: Antoni Vaquer Aloy (responsabilidad patrimonial por caída en instalaciones públicas); 186/2018, Ponente: Eva Pons Parera (responsabilidad patrimonial por la actuación policial); 185/2018, Ponente: Marc Marsal Ferret (responsabilidad patrimonial de la Administración de menores); 184/2018, Ponente: Marc Marsal Ferret (responsabilidad patrimonial por incendio en las instalaciones de un particular); y 187/2018, Ponente: Eva Pons Parera (responsabilidad patrimonial por accidente en un parque público).

2) En lo que se refiere a procedimientos de responsabilidad patrimonial sin presencia de tercero alguno, solo he detectado el Dictamen de 6 de septiembre de 2018, núm. 193/2018, Ponente: Lluís Saura Lluvià (responsabilidad patrimonial urbanística), que no pone de manifiesto presencia alguna de legitimados pasivos más allá de la propia Administración demandada.

¹⁰¹⁵ La STS de 29 de marzo de 2017 (ROJ 1286/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde, confirma una sentencia que venía estableciendo que, si se han introducido nuevos elementos de juicio (condiciones y obligaciones distintas) de los que podría haber imaginado el interesado en su solicitud inicial, no puede la Administración defender la aplicación del ahora art. 82.4 de la LPAC, porque prescindir de la audiencia en ese supuesto le provocaría indefensión.

¹⁰¹⁶ La SAN de 11 de mayo de 2012 (ROJ 2132/2012), Ponente: Diego Córdoba Castroverde, anuló una resolución que desestimaba la solicitud de responsabilidad patrimonial porque la Administración, bajo el pretexto del entonces art. 84.4 de la LRJPAC (ahora 82.4 de la LPAC), se saltó el trámite de audiencia aun habiendo “solicitado y tomado en consideración informes y documentos diferentes de los aportados por la recurrente”, y además, basándose en afirmaciones que el reclamante no tenía por ciertas.

Y segunda, no queda claro si con “el interesado” se refiere dicho precepto solo al *legitimado activamente* o también a los posibles *legitimados pasivos*, caso en el que se debería hablar de “los interesados”. Sin embargo, considero que la primera opción es la elegida (quizá, involuntariamente) por el legislador. El hecho de hablar del “interesado”, da a entender que se puede prescindir de la audiencia en aquellos *procedimientos simples* en los que el diálogo se convierta en un simple monólogo del interesado, sin más intervención que la de la propia Administración al emitir la correspondiente decisión¹⁰¹⁷. De lo contrario, los terceros interesados siempre (o casi siempre) aportarán nuevos elementos de juicio al procedimiento. Pues bien, en el momento en el que intervienen más interesados, situación en la que, además, ha de potenciarse el *derecho de contradicción*, considero más problemática –o, mejor dicho, imposible– la remoción de la audiencia por la vía del art. 82.4¹⁰¹⁸.

Pese a estos dos contrapesos de la posibilidad acogida por el art. 82.4 de la LPAC, no es menos cierto que la verdadera frontera de la omisión de este trámite de “conclusiones finales” es que se produzca una *indefensión real* de las posibilidades de los interesados, algo que, como ahora apuntaré, la jurisprudencia y, también la doctrina consultiva ha relativizado de forma notoria incluso en aquellos casos en los que sí ha existido nueva información en el curso procedimental, pero, por alguna cosa u otra, se ha defendido su no toma en consideración para salvar la hipotética indefensión¹⁰¹⁹.

E. La indebida omisión del trámite de audiencia y sus efectos: la frontera de la indefensión real

La constante adjetivación del trámite de audiencia formulada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, consistente en describirlo, a grandes rasgos, como un requisito *sine qua non* de cualquier procedimiento administrativo (salvo en los casos de dispensa legal anteriormente vistos), resulta un tanto engañosa. En este punto, la abundante doctrina científica coincide también en señalar la rebaja de la esencialidad

¹⁰¹⁷ A esta simplicidad se refiere también (tácitamente) César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 241, al hablar de los procedimientos de tipo autorizatorios.

¹⁰¹⁸ Este extremo también fue así considerado por Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 190.

¹⁰¹⁹ Así, por ejemplo, también la utilización de esta excepción ha sido bastante acogida por el Consejo de Estado, que, en su Dictamen de 4 de diciembre de 2014, núm. 999/2014, observó lo siguiente: “[n]o consta acreditación formal de que se haya dado audiencia a la interesada, aunque así lo afirma la propuesta de resolución. Ello no obstante y para el supuesto de haberse omitido tal trámite, su ausencia podría entenderse amparada en la previsión contenida en el artículo 84.4 de la Ley 30/1992...”. Sin embargo, se observa que, a pesar de ello, en el curso procedimental existió, por lo menos, un informe por MUFACE, sobre el que no quedó acreditado que la interesada hubiera tenido la oportunidad de sentar posiciones.

La relativización de la remoción incluso cuando existen hechos nuevos en los procedimientos también fue señalada por César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, pág. 242 y 243, “[d]e suerte que no se producirá indefensión si la Administración ha omitido el trámite de audiencia por considerar que, a pesar de figurar en el expediente otras informaciones distintas a las aportadas por el interesado, únicamente se tomaron en cuenta para resolver los hechos y justificaciones que éste hubo presentado”.

del trámite de audiencia a un simple trámite de necesidad¹⁰²⁰. Dicho de otro modo, la audiencia no será necesaria si no causa indefensión, una indefensión que además ha de ser real. Por tanto, queda descartada *ab initio* cualquier presunción (automática) de indefensión ante la falta de audiencia. De este modo ha tenido ocasión de pronunciarse el TC en relación con la carencia del trámite de audiencia en el proceso judicial, trasladable, pues, *a fortiori*, al procedimiento administrativo. Es decir, la omisión formal de la audiencia (su inexistencia procedimental), ha de dar lugar a una indefensión material (no equiparable pues, a la mera indefensión formal) para tener relevancia invalidante¹⁰²¹. De lo contrario estaríamos ante una irregularidad formal sin efectos invalidantes.

Ahora bien, es destacable y, especialmente didáctico tal y como apunta GALLARDO CASTILLO, el hecho de que “el vicio de indefensión, en sentido constitucional del término, queda descartado desde el momento en que el particular ha tenido la oportunidad de utilizar las instancias procesales que procedieran y, por tanto, de obtener una respuesta en cuando al fondo de sus pretensiones”¹⁰²². Dicho de otro modo, la habilitación de la defensa en la vía judicial posterior “subsana” la carencia de audiencia, concepción (jurisprudencial) que solo provoca la desvirtuación de la vía administrativa. Pero no es la vía judicial el único cauce homologado por la jurisprudencia para facilitar la posibilidad de subsanar la previa falta de audiencia, sino que, en la misma vía administrativa, podrá el interesado haberse defendido suficientemente como para no verse afectado el derecho a la tutela judicial efectiva (a través de la vista del expediente que habrá podido

¹⁰²⁰ Sobre la relativización de la esencialidad de la audiencia véase, por ejemplo, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 263; o de la misma autora, “La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento: una visión crítica”, *Revista Andaluza de Administración Pública (RAndAP)*, núm. 57, enero-febrero-marzo, 2005, págs. 161 y ss.; César CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados...*, *op. cit.*, págs. 340 a 346; José Antonio TARDÍO PATO, “El principio constitucional de audiencia del interesado...”, *op. cit.*, págs. 130 a 139; Isabel GALLEGO CÓRCOLES, “Instrucción del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, págs. 1336 y 1337; María Isabel JIMÉNEZ PLAZA, *El tratamiento jurisprudencial...*, *op. cit.*, págs. 237 a 240; o, Myriam QUINTANILLA NAVARRO, *El derecho de audiencia en la doctrina legal del Consejo de Estado*, *op. cit.*, págs. 120 a 124; o Juan José DÍEZ SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, págs. 190 a 193.

¹⁰²¹ Myriam QUINTANILLA NAVARRO, *El derecho de audiencia en la doctrina legal del Consejo de Estado*, *op. cit.*, pág. 121, cita la STC de 13 de julio de 1994, núm. 212/1994, Ponente: Carlos de la Vega Benayas, que declara la irrelevancia constitucional de la omisión formal del trámite de audiencia (en vía jurisdiccional) precisamente porque “esta infracción formal no comporta necesariamente la indefensión material proscrita por el art. 24.2 CE, sino que es necesario, además, que tal irregularidad procesal haya causado un real y efectivo menoscabo en los derechos de defensa y contradicción”. Un argumento que, de la mano del principio de economía procesal, el Consejo de Estado —explica la autora— ha admitido como adecuado, sin que quepa retrotraer las actuaciones por una simple cuestión de lógica temporal.

En el mismo sentido se ha pronunciado el máximo intérprete de la Constitución en una multitud de ocasiones, sentido en el que conviene destacar la no automaticidad de la indefensión (material), y, por tanto, la no automaticidad de los posibles efectos invalidantes de la omisión de dicho trámite. Así, por ejemplo, más recientemente, en la STC de 26 de septiembre de 2011, núm. 145/2011, Ponente: Francisco José Hernando Santiago, en la que se apuntaba que “la ausencia del trámite por sí sola no ha de producir la ilegalidad de la resolución, pues lo determinante es que se haya producido una indefensión real”.

¹⁰²² Véase, María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.* pág. 269, resume las causas por las que el TC ha considerado que el interesado ha tenido otras ocasiones para defenderse, por lo que, no ha existido una verdadera indefensión.

realizar en cualquier momento, a través de la fase de alegaciones, etc.)¹⁰²³. Ahora bien, tampoco esta posibilidad de defensa en otro momento procedimental o procesal *subsana* automáticamente la falta de audiencia en el sentido de interpretarse que no existe indefensión, sino que deberá atenderse a las circunstancias concretas de cada supuesto.

Todo este panorama, contradictorio en sí mismo, y que ha ido cuajando a lo largo de las últimas décadas, sigue vigente en la jurisprudencia más reciente, que de modo muy explícito ha sido objeto de resumen en la STS de 29 de marzo de 2017 y que a continuación transcribo:

“(…) según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo el acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último terreno, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...). Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquel acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del art. 63.2 de la Ley 30/1992”¹⁰²⁴ (*actual art. 48.2 LPAC*).

Esta postura, que resume la mala salud de hierro que el tratamiento jurisprudencial proporciona al trámite de audiencia ante su indebida omisión (aunque hayan existido algunas resoluciones discrepantes, estas han sido excepcionales) ha sido analizada críticamente por la doctrina con especial dedicación. Por esta razón, no procede en este momento realizar más mención de lo criticable de este aspecto, salvo lo que diré en relación con las especialidades que el trámite de audiencia pueda tener con respecto a la participación de una pluralidad de interesados, que expondré a continuación¹⁰²⁵.

3. LA EXIGENCIA ESPECÍFICA DE CURSAR EL TRÁMITE DE AUDIENCIA A LOS CONTRATISTAS Y LA AUSENCIA DE REFERENCIAS EXPRESAS A OTROS POSIBLES TERCEROS DESTINATARIOS DE LA RECLAMACIÓN

La significación del punto quinto del art. 82 de la LPAC, regulador del trámite de audiencia a los contratistas y concesionarios conlleva una mención aparte, porque va

¹⁰²³ Sobre estos aspectos, véase el estudio de la jurisprudencia del TS que realiza María Isabel JIMÉNEZ PLAZA, *El tratamiento jurisprudencial...*, *op. cit.*, págs. 173 a 188.

¹⁰²⁴ STS de 29 de marzo de 2017 (ROJ 1286/2017), Ponente: Rafael Fernández Valverde.

¹⁰²⁵ Véase, por todas, las pormenorizadas ideas que, sobre el anterior tratamiento de la omisión del trámite de audiencia, y, en especial sobre la posibilidad de su subsanación, proporciona José Antonio TARDÍO PATO, “El principio constitucional de audiencia del interesado...”, *loc. cit.*

más allá del simple trámite que el entero artículo regula. Resulta significativa su elevación a rango legal, sin que ello suponga un impacto en su utilidad o novedad regulatoria¹⁰²⁶. Me explico desde el principio. El art. 82.5 LPAC incorpora la obligatoriedad de dar audiencia en todo caso al contratista o concesionario en el marco de los procedimientos de responsabilidad patrimonial del art. 32.9 de la LRJSP, esto es, cuando se reclame por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos¹⁰²⁷. Además, la propia LPAC requiere la notificación a dichos legitimados pasivos de cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, para facilitarles la personación, así como la presentación de alegaciones y medios probatorios que estimen convenientes. Junto con estas previsiones de la ley procedimental, también han de ser observadas aquellas de carácter más específico a las que nos deriva el art. 32.9 de la LRJSP, es decir, las contenidas en el art. 196 de la LCSP¹⁰²⁸. Además de las causas por las que pueden responder los contratistas, este artículo prevé, como única especialidad procedimental, la posibilidad de las víctimas de los daños (a los que llama “terceros”) de requerir al órgano de contratación para que informe sobre a cuál de los contratantes corresponde la presunta responsabilidad¹⁰²⁹. El requerimiento será previo al planteamiento de la reclamación y se podrá realizar dentro del plazo de un año a partir de la producción del hecho dañoso. Este incidente interrumpe el plazo de prescripción de la acción (art. 196.3 LCSP). Para los demás en materia de derecho adjetivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el art. 196.4 de la LCSP reenvía con carácter general, nuevamente, a la LPAC, sin perjuicio de otras normas que fueren de aplicación por motivo de especialidad.

Pues bien, la previsión principal, que no es otra que la recogida preceptiva del trámite de audiencia a los contratistas y concesionarios cuando se reclamen daños y perjuicios derivados de la ejecución de contratos públicos viene a responder a lo que se había convertido ya en una tónica habitual en estos procedimientos, que no es otra que *la integración de estos sujetos legitimados pasivamente en la tramitación administrativa de la responsabilidad*. Si en otro lugar del presente trabajo ya se dejó clara la necesidad de acudir a la vía administrativa, en primer lugar, y a la contencioso-administrativa, en segundo lugar, para preservar de este modo la unidad jurisdiccional de este tipo de

¹⁰²⁶ Pese a darle este resalto, he de apuntar que nada de novedoso tiene este artículo, ya que es una mera reproducción del anterior art. 1.3 del RPRP.

¹⁰²⁷ El régimen jurídico de carácter substantivo que se aplica en estos casos es el que he mencionado en el capítulo relativo a los sujetos legitimados pasivamente en el procedimiento, supuesto al que me remito para mayor abundamiento.

¹⁰²⁸ El art. 32.9 de la LRJSP nos reenvía, literalmente, a aquello que dispone el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Sin embargo, es evidente que la norma de aplicación para este supuesto será la nueva LCSP del año 2017, por la que se transpone las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE. El cambio de ley no ha verificado cambio alguno de carácter sustancial, por lo que seguirán siendo válidas las previsiones que, con carácter general, se han ido fraguando con la aplicación del TRLCSP.

¹⁰²⁹ Esta previsión no hace otra cosa que apuntalar el deber de la Administración de llamar al procedimiento a los legitimados pasivos, ya que no son los reclamantes los obligados a hacerlo, porque no se les puede atribuir la carga de conocer la forma de funcionar de la Administración ni sus concretos agentes a través de los que desarrolla la prestación de ciertos servicios. Y, de otro lado, esta obligatoriedad no deja de ser manifestación del impulso de oficio del órgano instructor (art. 71.1 LPAC).

reclamaciones, dado lo dispuesto en el art. 9.4 LOPJ y la abundante doctrina y jurisprudencia que así lo defiende, no será menos importante analizar qué *status* jurídico tienen estos interesados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. La ley solo prevé específicamente que se les dé audiencia, así como se ha venido repitiendo en multitud de ocasiones desde muchos ámbitos doctrinales o jurisprudenciales, pero no se ha preocupado de ir un paso más allá que garantice la seguridad jurídica de todo el entramado procedimental (a la luz del propio art. 9.3 CE) y de todos los intereses que están en juego ante la puesta en marcha del mecanismo de declaración de la responsabilidad patrimonial administrativa. En términos comparativos, hubiera sido adecuado copiar lo que se hizo en su momento mediante las previsiones del art. 21.1 de la LRJCA, apartados b) y c), nombrando como parte *demandada* en el proceso contencioso-administrativo a determinados sujetos privados con intereses que pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante y, más concretamente, de las aseguradoras de las Administraciones Públicas. Esta es una idea que he trazado con más detenimiento en el primer capítulo de este trabajo, al que me remito en este momento.

Capítulo 5. La terminación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial

I. LAS FORMAS GENERALES DE TERMINACIÓN PROCEDIMENTAL

Decía GONZÁLEZ NAVARRO que el procedimiento administrativo es un fenómeno de pura biología: nace, se desarrolla y muere¹⁰³⁰. En esta última fase nos encontramos. Pero el cúmulo de circunstancias que rodean el proceso hacia el óbito no es sencillo, como tampoco lo es uno de los dilemas morales más primitivos de la humanidad: ¿hay vida después de la muerte? La respuesta ha de ser pasada por el tamiz, también en la galaxia (no muy lejana) de los trámites. La filosofía, tras HEGEL, está considerando que “la muerte se convierte en una frontera que pone coto a la lógica”¹⁰³¹. En la muerte administrativa (del procedimiento), la lógica puede ser simple cuando el reclamante se encuentra solo ante la Administración que tramita, resuelve y, en su caso, ejecuta lo resuelto. Pero la terminación, como también sucede en el fin de la vida, se suele topar con una *angustia existencial* cuando afecta a otros sujetos. En este capítulo, además de dedicarle una buena parte a aprender a “sobrellevar la muerte”, también me centraré especialmente en la gestión, en vía administrativa, del período *post mortem* en caso de la existencia de decisiones con efectos colaterales. El procedimiento de responsabilidad patrimonial es especialmente susceptible de provocar dichos efectos cuando en el seno del mismo se planta el trinomio de sujetos intervinientes: el reclamante; la propia Administración; y el tercero presuntamente responsable del daño. Hecho circunstancial que puede ir a peor, en aquel momento en el que el singular de los sujetos se transforma en pluralidad

¹⁰³⁰ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, op. cit., pág. 823.

¹⁰³¹ Volker RÜHLE, “La insistencia de la muerte en la vida: Hegel después de Heidegger”, Bajo Palabra, Revista de Filosofía, II Época, núm. 4, 2009, págs. 13 y 14.

de interesados. Dicho de otra forma, una vez se resuelve el procedimiento y resulta responsable un tercer sujeto privado, ¿deberá la Administración ejecutar dicha resolución? ¿O el particular tendrá que auxiliarse de la Justicia para ver satisfechos sus ya reconocidos derechos en vía administrativa en el supuesto de que el tercero no pague? Aunque parte de estos aspectos han sido objeto de análisis a lo largo del presente trabajo, se trata de unas cuestiones que también deberán tenerse en consideración en la fase de terminación procedimental.

Por de pronto, la terminación del procedimiento en su ley reguladora tiene una regulación muy marcada, que no diáfana. Pero hay que empezar por el principio. Las clases de terminación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como cualquier otro procedimiento administrativo, se han dividido tradicionalmente entre dos visiones: de un lado, la terminación *normal*; y de otro lado, la terminación *anormal*. En este sentido, se entendía –afirmación no exenta de matices– que la terminación normal era aquella que se producía mediante resolución sobre el fondo (lo que se conoce como resolución “en sentido estricto”); y la terminación anormal era cualquier otra forma de concluir el procedimiento¹⁰³². Pero considero que, por abundancia de matices, podemos dar esta clasificación por superada, y, por tanto, se hace menester acudir a una división más pragmática de la última de las fases del procedimiento¹⁰³³. De este modo, es conveniente acudir a la triple división que doctrinalmente de forma más común está aceptada en la actualidad a la luz de los vigentes arts. 84 y 85 de la LPAC¹⁰³⁴.

La primera, la finalización del procedimiento mediante resolución, entendida en sentido amplio. En este campo, quizá el más extenso de todos, se ha de subdividir entre la resolución *strictu sensu*, es decir, aquella que decide sobre el fondo del asunto (arts. 88 y 91 LPAC) , y aquellas otras que, existiendo una resolución que da por concluso el procedimiento, no se pronuncia sobre el fondo del asunto o, si lo hace, es antes de completar la tramitación ordinaria del mismo: el desistimiento, la renuncia -cuando es posible- y la declaración de caducidad (84.1 LPAC); así como la imposibilidad material de

¹⁰³² FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1713 y ss. Aunque, en puridad, el autor divide la terminación procedimental entre una regla general -terminación normal y anormal- y una excepción -la terminación convencional-, se puede entender, *grosso modo*, que todo lo que no es forma de terminación normal -resolución en sentido estricto- es terminación anormal, o cualquier otro adjetivo que se le quiera atribuir: anticipada, excepcional, extraordinaria, etc. A este efecto, según apuntaba Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La terminación anormal del proceso administrativo”, *RAP*, núm. 18, septiembre-diciembre, 1955, pág. 74, en términos procesales, “si el acto de terminación normal del proceso es la sentencia, y en estos casos el proceso termina sin sentencia, nada tiene de particular que se hable de «terminación anormal del proceso»”.

¹⁰³³ Cuestión que ya fue puesta de manifiesto por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 824, hace más de dos décadas.

¹⁰³⁴ La base de esta división se puede observar, por ejemplo, en Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 160; una concepción remarcada, entre otros, por Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, *op. cit.*, pág. 497; o Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, “Ordenación y tramitación del procedimiento administrativo común”, en la obra colectiva coordinada por FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid (IDL-UAM), Madrid, 2016, pág. 155.

continuar el procedimiento por causas sobrevenidas (84.2 LPAC). En cuanto a la denominación de estos tipos de resoluciones considero oportuno seguir las indicaciones de ZAMBONINO PULITO, que denomina *resolución material* a aquella que decide sobre el fondo, y *resolución formal* a los otros tipos de conclusión procedimentales¹⁰³⁵.

La segunda de ellas es la que responde al objetivo de *ejercer de forma negociada el poder administrativo*, que es la terminación convencional del procedimiento (art. 86 LPAC). Se trata de una modalidad cuyos primeros brotes normativos en el ordenamiento jurídico español tuvieron lugar precisamente, entre otros, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de la mano del RPRP¹⁰³⁶.

Y, la tercera y última forma general de dar por terminado un procedimiento administrativo es cuando se produce la inactividad formal de la Administración, que se produce cuando esta, sin dar ninguna otra solución, no decide sobre el fondo del asunto: lo que se conoce como silencio administrativo.

Lo expuesto hasta aquí es el esquema básico del presente capítulo, sin perjuicio de que la finalidad de este no es abundar sobre dichas cuestiones generales, sino analizar las especialidades y casuísticas más relevantes que en materia de responsabilidad patrimonial nos proporciona el marco jurídico. Unas especialidades entre las que brilla con luz propia el que denomino *estatuto jurídico del tercero*.

II. LAS ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS DE INSTRUCCIÓN EN LA FASE FINAL Y ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER EL PROCEDIMIENTO

A. El artículo 87 de la LPAC introduce la curiosa posibilidad de realizar un trámite más propio de la instrucción en esta fase final del procedimiento administrativo, que es la habilitación –por parte del órgano competente para decidir– de un trámite en el que se realizarán diversas actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. El artículo no realiza un esfuerzo de identificación de algún tipo de actuación complementaria, sino que simplemente se limita a señalar, negativamente, que los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento no tienen la consideración de actuaciones complementarias (*p. ej.*, los informes de servicio o de los órganos consultivos).

Acto seguido, el segundo párrafo del art. 87 LPAC establece el procedimiento a seguir para realizar dichas actuaciones: notificación a los interesados concediéndoles un

¹⁰³⁵ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver materialmente el procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 39 a 45. Según la autora, la diferenciación parte de un objetivo común que, en aras de respetar el principio de seguridad jurídica y la garantía de los derechos de los interesados, pretende otorgar a estos últimos la posibilidad de reaccionar contra la resolución, sea del tipo que sea, interponiendo los recursos que procedan. Pero al mismo tiempo, la distinción entre resoluciones provocará una diferencia de contenido y profundidad en las mismas, que también será una derivación de la tramitación íntegra del procedimiento o no, “de modo que, en el primer caso, estaríamos ante la *resolución en sentido propio o material*, y en el segundo caso, ante una mera resolución formal”.

¹⁰³⁶ José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, en el manual coordinado por José GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, págs. 1416 y 1417.

plazo de siete días para formular las alegaciones que consideren convenientes tras la finalización del trámite; la duración de este no será superior a quince días; y además el plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias [art. 22.2 b) LPAC]¹⁰³⁷.

Puede ser positiva la introducción de estas actuaciones complementarias que sirvan de cajón de sastre a la Administración cuando necesiten volver a realizar un trámite más propio de investigación una vez cerrada, naturalmente, la instrucción del procedimiento. Más sentido tiene en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, donde suelen existir muchos resquicios y cabos sueltos que el casuismo nos ha enseñado que se resolvían mediante la mutación del trámite de audiencia, práctica que, como ya tuve ocasión de explicar, debe dejarse atrás¹⁰³⁸.

B. La competencia para conocer y resolver de los procedimientos de responsabilidad patrimonial está prevista en el artículo 92 de la LPAC como toda una especialidad procedimental en esta materia, al dar este precepto respuesta sobre qué órgano es competente para resolver según se trate de la AGE, las CCAA, las EELL o las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración territorial.

De este modo, cuando la lesión reclamada haya sido producida en el ámbito de la AGE, los procedimientos se resolverán por el ministro como regla general, o, excepcionalmente cuando se trate de supuestos de responsabilidad del Estado legislador (del art. 32.3 LRJSP), el competente será el Consejo de Ministros, así como en aquellos otros supuestos en los que una ley así lo disponga específicamente.

Por lo que respecta a la competencia en el ámbito autonómico, se ha de estar a lo dispuesto en su propia normativa, que suele atribuirlo al consejero¹⁰³⁹. En el ámbito de la Administración local, no existe previsión específica, como ya sucedía con anterioridad

¹⁰³⁷ Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo, op. cit.*, pág. 498, entienden que el procedimiento quedará obligatoriamente suspendido desde el momento de la notificación a los interesados, con lo que, y aunque la ley no lo estipule, entienden que la suspensión abarca también el plazo de alegaciones.

En este terreno es menester tener en cuenta la advertencia que realiza César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento administrativo común”, en la obra colectiva dirigida por Clara VELASCO RICO, *Reflexiones sobre la reforma...*, *op. cit.*, pág. 92, sobre las posibles desviaciones en que se puede incurrir “si en lugar de rellenar eventuales lagunas instructoras se utiliza la ocasión para ganar tiempo, aprovechando que el plazo de resolución va a quedar automáticamente en suspenso”.

¹⁰³⁸ María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “Instrucción del procedimiento. Finalización del procedimiento. De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común. Ejecución”, en la obra colectiva dirigida por Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *La nueva ley del procedimiento administrativo común*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 335, apunta que esta posibilidad del artículo 87 LPAC está más pensada para el procedimiento sancionador. Sin embargo, no concuerdo del todo con esta afirmación, por la complejidad y casuismo que puede colegir en el procedimiento de responsabilidad patrimonial –del mismo modo que en el sancionador–, como vengo explicando a lo largo de todo el trabajo; y, además, para preservar el respeto por los demás trámites, como el tantas veces citado trámite de audiencia.

¹⁰³⁹ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 146; o Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo, op. cit.*, pág. 719.

a la LPAC, ya que remite implícitamente a las normas específicas y estas, principalmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), nada prevén al efecto. En este sentido, el razonamiento más lógico es atribuir la competencia al alcalde o presidente de la corporación municipal en virtud de la *cláusula residual* de atribuciones del art. 21.1 s) LBRL¹⁰⁴⁰. Y ello sin perjuicio de la delegación de sus atribuciones a los concejales, en aras de una mejor organización interna de la corporación municipal (art. 21.3 LBRL), delegación que, *in extenso*, puede darse en el ámbito de cualquier Administración territorial¹⁰⁴¹.

Finalmente, el art. 92 LPAC, en su párrafo tercero, para aquellos casos de competencia para resolver en el ámbito de las *entidades de derecho público*, realiza una remisión a su propio régimen jurídico para establecer a quien le corresponde dicha competencia. Y, en defecto de previsión específica, “se aplicarán las normas previstas en este artículo”, una coletilla final cuya significación es difusa, pero que parece hacer referencia a que, en defecto de normas específicas, la competencia para resolver será del órgano de su Administración matriz¹⁰⁴².

Además de las anteriores reglas, también se pueden encontrar ciertas soluciones fruto del casuismo a la hora de determinar la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial. El casuismo es, claro está, de cuño jurisprudencial. Así, por ejemplo, tenemos las reclamaciones de responsabilidad sanitaria cuando dicha asistencia es prestada por Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Y es que, pese a que la responsabilidad correspondería a dichas entidades gestoras, quien debe tramitar el procedimiento y resolverlo es la Consejería correspondiente en la Comunidad Autónoma –no la propia Mutua ni tampoco el INSS–¹⁰⁴³. Esta solución sigue en pie siempre y cuando las competencias estén transferidas a las CCAA; de lo contrario, la

¹⁰⁴⁰ Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 146.

¹⁰⁴¹ En el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2014 (ROJ 3120/2014), la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial estaba delegada en el Concejal de Hacienda.

En idéntico sentido, el ATS de 19 de septiembre de 2018 (ROJ 9824/2018), Ponente: Luis María Díez-Picazo Giménez; conoció de un supuesto de responsabilidad patrimonial en el que la competencia residía en el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente, pero este, a su vez, tenía delegada la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial que fueran competencia de la Confederación Hidrográfica del Ebro a ella misma.

¹⁰⁴² Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 147. De este modo lo entiende también el Consejo de Estado, que, por ejemplo, en su Dictamen de 9 de marzo de 2017, núm. 94/2017, consideró que la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial por la actividad de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), entidad pública empresarial perteneciente al Ministerio de Fomento, le correspondía al citado ministerio, “al no estar esta competencia atribuida explícitamente a los órganos de gobierno de esta”.

¹⁰⁴³ Véase, SAN de 30 de mayo de 2018 (ROJ 2451/2018), Ponente: Santos Honorio de Castro García, o STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2018 (ROJ 1318/2018), Ponente: María Prendes Valle. Esta última sentencia anula la resolución de la Consejería de Sanidad de la de Castilla-La Mancha, y condena únicamente a la Mutua, en concepto de responsabilidad patrimonial. El Tribunal hace hincapié en este último hecho, señalando que, si bien la competencia para instruir y resolver el procedimiento es de la Consejería, no así la responsabilidad, debiéndose condenar a la Mutua.

competencia para resolver corresponderá al Ministerio de Sanidad¹⁰⁴⁴. Al fin y al cabo, es importante retener que ha de ser la Administración matriz o territorial de la que dependen este tipo de entidades de derecho público las que instruyan y, en su caso, resuelvan el procedimiento.

III. LA RESOLUCIÓN MATERIAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO

La resolución, con independencia de la índole procedimental de que se trate, es influjo de una de las imposiciones legales de más tradición en las leyes procedimentales españolas: la obligación de resolver. Así lo prevé expresamente el artículo 21.1 de la LPAC: “[l]a Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos (...)”. Dicho de otro modo, la Administración está obligada a decidir (sobre el fondo). De hecho, el propio art. 88.5 LPAC reitera, en sentido negativo, la obligación de resolver, prohibiendo a la Administración “abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los pretextos legales aplicables al caso”. Ahora bien, este deber ha de entenderse a salvo de otras posibilidades de terminación procedimental, como por ejemplo la inadmisión, que ya hemos estudiado, y que, a efectos de la terminación procedimental, sería una terminación de naturaleza formal, en el sentido de que es aquella que no se pronuncia sobre las cuestiones jurídico-materiales del asunto.

De este modo, y más concretamente, la decisión, que no deja de ser una declaración de voluntad administrativa, es fruto de un juicio de valor del órgano competente para resolver sobre determinados elementos gestados –en clave investigadora– a lo largo de la vida procedimental. Es por esta razón que algunos autores, como MIR PUIGPELAT, consideran *la resolución* como “el acto administrativo por excelencia”¹⁰⁴⁵.

La normativa principal de la resolución expresa, aquella que decide sobre el fondo, o lo que resueltamente se conoce como la *resolución material*, y que se cierne sobre el ámbito en el que nos movemos, se halla a partir de una lectura conjunta de los artículos 88 (que configura el “contenido mínimo” de la resolución decisoria –sobre el fondo– de cualquier procedimiento administrativo) y 91 de la LPAC (siendo este último el encargado de preservar unas ya muy reiteradas especialidades en materia de responsabilidad patrimonial, esta vez sobre la resolución).

Siguiendo este diálogo entre preceptos, cabe decir que el esquema del contenido de la resolución en materia de responsabilidad patrimonial habrá de ajustarse a unas previsiones generales y a otras especiales. En primer lugar, los requisitos de carácter general, que sirven para cualquier resolución, serán los siguientes: necesidad de contener decisión sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y otras que deriven de aquellas (art. 88.1); siendo congruente con las peticiones de los mismos (art.

¹⁰⁴⁴ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit., pág. 614.

¹⁰⁴⁵ Oriol MIR PUIGPELAT, “Veinte años no es nada...”, op. cit., pág. 57.

88.2); motivada con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho (art. 88.3 en relación con el art. 35.1 h); con expresión del pie de recursos; y cuyo formato deberá ser electrónico.

En cuanto a los requisitos específicos en materia de responsabilidad patrimonial, son unos requisitos hartamente recurrentes: que se exprese la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, la valoración del daño, el modo de la indemnización y los criterios de cálculo establecidos en el art. 34 de la LRJSP (art. 91.2 LRJSP). Por decirlo de otra manera, y de forma un tanto más amplia, el órgano decisor deberá pronunciarse sobre los presupuestos materiales de la responsabilidad patrimonial, ya sean de carácter positivo o negativo (como *p. ej.*, la fuerza mayor, si fuera el caso). Al fin y al cabo, estas especialidades no dejan de ser una obviedad que vienen a refrendar el hecho de que la decisión administrativa debe justificarse en la *adecuación al ordenamiento jurídico*, es decir, la Administración ha de expresar si se dan o no, y en qué sentido, las condiciones que el ordenamiento jurídico precisa para la existencia de responsabilidad patrimonial¹⁰⁴⁶.

1. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO ANTESALA DEL DEBER DE MOTIVAR

Entre las previsiones que, con carácter general, deben converger en una resolución material, me voy a centrar en aquellas facetas relacionadas con la *coherencia discursiva*, que se pueden –o se deberían– localizar en las resoluciones administrativas decisorias. Este discurso es, ni más ni menos, que la explicación que ha de proporcionar la Administración a los interesados a la hora de decidir. Unas explicaciones que deben verter sobre los hechos y sobre el derecho aplicable al caso, cuestiones que ya se habrán generado en la fase instructora. La motivación es el resultado. La congruencia, en cambio, conforma la traza sobre la que circula el discurso. Centrándome en este último de los aspectos, la resolución ha de censar dos cuestiones esenciales: (1) lo alegado por el interesado (art. 88.1 LPAC); y (2) la congruencia con la petición (art. 88.2 LPAC).

Lo primero que de estas previsiones se desprende es que no son exigencias de carácter jurídico-material, sino de carácter formal, que deberán ser recabadas en la resolución *material*. Los requerimientos de los dos primeros apartados del art. 88 LPAC emprenden la búsqueda de la coherencia. Una coherencia entre aquello que se pide en base a una o varias razones frente a aquello que se decide como consecuencia de la

¹⁰⁴⁶ Razonar sobre la adecuación de la decisión al ordenamiento jurídico, señalaba Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 834 y 835, no es más que la aplicación de la lógica de las ideas albergadas en determinados principios generales de nuestro sistema constitucional, tales como la condición de España como Estado de derecho (art. 1.1 CE), el principio de legalidad al que están sujetos los poderes públicos (art. 9.1 CE) o, también derivado de este último, la vinculación positiva de la Administración a la ley, lo que implica que “[l]a Administración pública (...) actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (art. 103.1 CE), pudiendo hacer solo aquello que este le habilita. Por tanto, el hecho de dar explicaciones sobre el porqué de una decisión administrativa no es más que un elemento entroncado en el *quehacer* de la Administración, que, no siendo lo de menos, también se alza como un pilar de la justicia, en el sentido más idealista posible; de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su planeamiento sobre el procedimiento administrativo; o dicho de forma más sencilla: una garantía para los administrados.

puesta en la balanza de lo pedido razonadamente (elemento formal de la resolución material) junto con los hechos y el derecho (elemento material o sustantivo). Otra manera de expresar lo expuesto es diferenciar entre las alegaciones del reclamante y las peticiones de este. Cuando se trate de responder a las alegaciones –entiéndase argumentos–, según el TC, en el ámbito del *proceso judicial*, estaremos en sede de la *motivación*¹⁰⁴⁷. En cambio, cuando hablemos de peticiones en sentido estricto –p. ej., que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración y se indemnice con X cuantía–, la discusión hilará sobre la *congruencia*¹⁰⁴⁸.

En el contexto de esta última de las cuestiones, pese a que *a priori* lleve a pensar que en vía administrativa es una cuestión menor, no suscita escasos problemas. El más destacado es el de la *alteración de la causa petendi*. Alguna voz doctrinal ha apuntado a la atenuación del principio de congruencia en vía administrativa, debido al interés público¹⁰⁴⁹. La atenuación puede ser conforme también desde el punto de vista del antiformalismo del procedimiento administrativo. Sin embargo, la deriva más moderna del TS en relación con la materia objeto de estudio parece formar filas con la coherencia.

En efecto, en al menos un par de recientes ocasiones el Alto Tribunal ha apreciado la imposibilidad de dar una tramitación distinta a la impulsada o promovida por el interesado¹⁰⁵⁰. El principio de congruencia avala esta interpretación; pero las circunstancias del caso me obligan a matizar la fisonomía del tratamiento¹⁰⁵¹. Me explico. Los pronunciamientos a los que me refiero trataban de un supuesto en el que los interesados cursaron ante la AEAT una solicitud de devolución de ingresos indebidos. Acto seguido, la Administración tributaria entendió la inviabilidad de dicha solicitud a la luz de la normativa tributaria y decidió mutar la tramitación en un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Pese a la transformación, mediante resolución del Consejo de Ministros se inadmitió la reclamación por haberse rebasado

¹⁰⁴⁷ Al hilo de la tendencia *procesalizadora* del procedimiento que vengo desarrollando en todo este trabajo, señalaba Marcos M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 31, que el discurso justificativo de una decisión –característica esencial de la motivación del acto administrativo– estaba más próxima a la motivación de la sentencia de lo que pudiera imaginarse.

¹⁰⁴⁸ Por todas, véase la STC de 3 de noviembre de 2014, núm. 178/2014, Ponente: Andrés Ollero Tassara, que realiza esta diferenciación en relación con el proceso judicial. Argumentos cuya cabida puede trasladarse al procedimiento administrativo a tenor de los dos primeros apartados del artículo 88 LPAC.

¹⁰⁴⁹ Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1726 y 1727, con apoyo en determinadas decisiones del TS de antaño, apunta hacia dicha atenuación. También en este sentido, José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, págs. 1432 a 1434.

También la Comissió Jurídica Assessora, en su Dictamen de 13 de mayo de 2004, núm. 199/2004, apuntó que, a diferencia de la rigidez del principio de congruencia en el ámbito judicial, en vía administrativa esta se atempera.

¹⁰⁵⁰ SSTs de 14 de febrero de 2018 (ROJ 538/2018), Ponente: José Juan Suay Rincón; o de 25 de mayo de 2018 (ROJ 1852/2018), Ponente: Octavio Juan Herrero Pina.

¹⁰⁵¹ Tal y como apuntaba Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 266, la respuesta al juicio de una resolución administrativa que se mueva dentro del límite de las cuestiones planteadas por el recurrente o si puede excederlo y no quedar contraída por ellas “no puede reducirse a afirmar o negar sin más la vigencia del citado principio, porque entrañaría un juicio parcial e incorrecto”.

el plazo de prescripción, observándose la extemporaneidad de la acción de responsabilidad.

Así las cosas, el TS, en varios intentos de poner los puntos sobre las íes a este mismo supuesto de hecho, indicó que del escrito de los solicitantes no se desprendía en ningún momento que reclamasen una indemnización de responsabilidad patrimonial. Y dado que estos habían acudido a la vía de la devolución de los ingresos indebidos, la Administración se tenía que limitar a pronunciarse sobre este asunto (congruencia con el *petitum*)¹⁰⁵². Esta rigidez interpretativa debe acompañarse con otros aspectos del asunto, para así lograr entenderlo. Además del principio de congruencia, el tribunal parte de la base de dos elementos circunstanciales: de un lado, no se escuchó el parecer de los interesados sobre la mutación; y, de otro lado, el resultado no fue favorable para estos. Dichos extremos generan la duda de qué hubiera pasado de no existir estas interferencias en el derecho a la defensa de los interesados. Aunque estrictamente, con derecho a la defensa me refiero a que no se ha escuchado a los interesados. Es posible que el hecho del resultado desfavorable para estos sea solamente un argumento de relleno, el cual no hubiera fructificado –en este caso, a favor de los reclamantes–, de haberseles escuchado debidamente¹⁰⁵³. Es claro que, de haberles beneficiado la resolución final, poco sentido hubiera tenido la observancia de un vicio formal invalidante del acto, pues en este caso *le fond prime sur la forme*.

No está de más decir que la existencia hipotética de un vicio formal no podría beneficiar a la Administración, premiándola así por su torpeza, sino que solamente podría decantarse (la invalidez) hacia el lado de los interesados. La mención a los “interesados” –así, en plural– en este caso es premeditada. Que el juicio sobre la legalidad formal del acto recaiga del lado del interesado reclamante quizá es de justicia y, ya que estamos, de legalidad; ya que no puede haber indefensión invalidante allá donde se reconoce lo solicitado por el reclamante (cuestión que se desprende de la savia del mismo art. 24 CE)¹⁰⁵⁴. Pero llegados a este punto, el interrogante es simple: ¿qué

¹⁰⁵² En aplicación de esta doctrina del TS, la STSJ de Asturias de 12 de noviembre de 2018 (ROJ 3521/2018), Ponente: Antonio Robledo Peña, conoció de un asunto parecido, aunque en sentido inverso. Se trataba de una reclamación de responsabilidad patrimonial por anulación de determinadas liquidaciones tributarias. En este caso, el Ayuntamiento de Gijón entendía, entre otras cosas, que el procedimiento correspondiente era el de devolución de ingresos indebidos.

Y esta postura, además, es congruente con la jurisprudencia imperante, recordemos, conforme a la cual no se puede iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial de cualquier modo. En este sentido, véase el capítulo relativo a la iniciación del procedimiento, cuando a modo de ejemplo, se estudia que el principio de antiformalismo no es un coladero para cualquier defecto u omisión de forma. Así, establecía, que no es suficiente un telegrama para iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

¹⁰⁵³ José Antonio CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *loc. cit.*, al tratar el principio de congruencia hacen hincapié en que, pese a su flexibilidad regulatoria, cuando la Administración pretenda ampliar el objeto del procedimiento precisará de la audiencia previa de los interesados.

¹⁰⁵⁴ Este extremo es coherente con el tantas veces citado principio de economía procesal. Puede ser, en este caso, un argumento *a fortiori*, el hecho de que, como explica César CIERCO SEIRA, “La subsanación del vicio de indefensión del acto administrativo en vía de recurso: ¿suma y sigue?”, *en prensa*, 2019, la indefensión es un arma que solo puede ser arrojada por el propio interesado (*carácter*

pasaría en un supuesto en el que, en vía administrativa, se condena al tercero interesado? La respuesta, a estas alturas, también es sencilla: al tratarse de *un interesado más*, una hipotética condena en vía administrativa sin haber mediado trámite de audiencia o momento procedimental alguno que se le pareciera, llevaría a una simple y llana indefensión¹⁰⁵⁵. Por tanto, la resolución de condena sería susceptible de anulabilidad.

2. LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN MATERIAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A. La motivación como garantía de los interesados y espejo del principio democrático

Empezaré este apartado con lo que es una pura percepción personal. Echando la vista atrás, la exteriorización de las razones para decidir ha sido una de las grandes asignaturas pendientes de la Administración. Muchas veces la Administración ha quedado anclada en el pasado y se ha preocupado o fijado en la decisión final, si acaso acompañada de la cita de unos cuantos preceptos. Quizá en el buen entender del que suscribía “era lo que tocaba”. Aun en el caso de conseguir estrechar lazos entre aquella cita legal y la decisión final, entonces quien se ausentaba del diálogo procedimental era la explicación del por qué. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, cada asunto, atendiendo a su naturaleza, requiere del tratamiento individual y apriorístico¹⁰⁵⁶. Pero

personalísimo), lo que implica que solo puede ser un vicio alegado por este, y consecuentemente, solo puede beneficiarle a este, no así a quien los provoca, que no puede sacar beneficio de ello (STS de 29 de septiembre de 2005, ROJ 5678/2005, Ponente: José Díaz Delgado). Además, el autor cita esta misma sentencia para mostrar la fuerza de la economía procesal también en estos casos, cuando esta apunta lo siguiente: “[p]or eso mismo, es posible que por economía procesal, al interesado que ha padecido vicios le interese un pronunciamiento sobre el fondo y prescinda de hacer cuestión de tales defectos formales, por graves que sean”.

¹⁰⁵⁵ En este sentido, véase a modo ejemplificativo, la STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 2010 (ROJ 6637/2010), que establece que “ante el supuesto de que un particular ejercite la acción de responsabilidad patrimonial frente a una Administración y ésta estime que es la empresa contratista la responsable, no debe limitarse, sin más, a considerar que es esta última la responsable sino que debe admitir la reclamación, pues puede resultar responsable subsidiaria, e instruir el correspondiente expediente con audiencia de la contratista *so pena de producirle indefensión (...)*”.

Sin perjuicio de esto, también es cierto que la tramitación incorrecta del procedimiento –como ya he apuntado en otro sitio– puede perjudicar directamente a la Administración, saliendo esta condenada en caso de no haber llamado al procedimiento administrativo a la empresa contratista. Véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2011 (ROJ 5102/2011), Ponente: Juan Manuel Cívico García.

¹⁰⁵⁶ Explicaba María José ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 53 a 70, que el objetivo del derecho es resolver los problemas, aunque no siempre lo consiga, tiende a ello; y además tiende a ser coherente. “Esta tendencia del Derecho, connatural al mismo, es lo que permite que el papel del operador jurídico sea la búsqueda de la solución más aceptable, ya que su función consiste, precisamente, en intentar reducir las incoherencias internas del orden jurídico a la hora de tratar los casos concretos”. Y sigue explicando la autora que, si bien no siempre se proporcionará la mejor solución, el razonamiento jurídico sí podría llegar a hallarla. Ello sin perjuicio de los casos en los que no existe ninguna respuesta jurídica, que los denomina *casos trágicos*.

Sin embargo, esperanza hay. Incluso en estos últimos casos trágicos. En defensa de esta luz, considero oportuno repetir una cita de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *REDA*, núm. 83, 1994, pág. 400, destacada en la obra de María José

por suerte, la sociedad y el derecho se hallan conjurados, de forma inevitable, para evolucionar al ritmo de la humanidad.

Esa misma Administración Pública, anclada en el pasado, es la que, sin demasiada convicción, intenta adaptarse a la llamada revolución digital. En un mundo en el que términos como la *e-Administración*, la transparencia, la rendición de cuentas, el gobierno abierto, o, en otras palabras, la innovación tecnológica, han venido para quedarse, los cimientos del *antiguo institucionalismo* están seriamente comprometidos. En concreto, me interesa destacar el impacto de la transparencia en el ámbito de la motivación. ¿Qué mejor que una buena motivación para garantizar la rendición de cuentas al interesado? Decía FERNÁNDEZ RAMOS, citando a Feuerbach, que este último explicaba la *publicidad* como “símbolo de la «luz», del «bien», y de la «razón», mientras que el secreto era degradado al imperio de las «tinieblas», del «mal» y de la «arbitrariedad». De este modo, nos encontramos ante dos binomios enfrentados como opuestos: de un lado, *publicidad/transparencia* y, de otro, *secreto/opacidad*¹⁰⁵⁷. Un acto no motivado, o motivado formalmente, poco substancial, es un acto condenado al destierro en las imperfectas “tinieblas del mal”, ya que la idea que se transmite es la más elemental *banalización de la garantía de los interesados*¹⁰⁵⁸.

Que la motivación es una verdadera garantía de los interesados no es una cuestión conflictiva. De hecho, la motivación es *la verdadera exigencia de fondo* de la resolución. No se trata de una mera formalidad, por mucho que del actuar práctico se pudiera desprender esta equívoca idea. Así ha tenido ocasión de declararlo el propio TC y, en este mismo sentido se han pronunciado también algunos estudiosos de esta materia¹⁰⁵⁹.

ALONSO MAS, que, en referencia al razonamiento jurídico expresaba lo siguiente: “esa imprecisión, que a algunos o a muchos puede parecer una limitación del discurso jurídico es, por el contrario, una *circunstancia afortunada y una garantía adicional*, porque permite intentar en todo momento su reconstrucción y mantener, en consecuencia, siempre abierta la vía a la esperanza de soluciones mejores y más justas”. La cursiva es mía.

¹⁰⁵⁷ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, en Revista Aragonesa de Administración Pública (RAAP), núm. 51, 2018, pág. 214.

¹⁰⁵⁸ Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, “La transparencia pública...”, *loc. cit.*, en referencia a esta falta de motivación de las resoluciones que se dictan en el marco del derecho de acceso a la información, en cuanto señala los varios problemas del ejercicio de este derecho, sobre la motivación destaca dicha banalización “con motivaciones formales, desprovistas de significación...”.

¹⁰⁵⁹ Marcos M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, *op. cit.*, pág. 23, ha destacado que “el propio Tribunal Constitucional ha mantenido posiciones en las que la motivación expresa del acto que afecta a derechos fundamentales no se considera como mera formalidad exigida por cortesía, sino como un requisito sustancial, de fondo, a fin de que el interesado conozca las razones y los intereses a los que se sacrificaron los elementos de su titularidad subjetiva fundamental”.

En sentido idéntico lo defiende M^a Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 98; o Juan José Díez SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 266.

Menos contundente es Rocío NAVARRO GONZÁLEZ, “La motivación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico español”, *Federalismi.it*, núm. 14, julio, 2017, págs. 10 a 12, en tanto que cualifica la motivación como requisito formal cualificado. Si bien avista la poca bonanza que puede traer un encasillamiento de la motivación en lo *formal*, la posición de la doctrina tradicional parece influir en una defensa más encaminada hacia un aspecto puramente de fondo de la motivación. Quizá el argumento para la prudencia sea –como dice BERMEJO VERA– que “los requisitos de carácter formal en Derecho Administrativo no son sino expresión de otras exigencias sustantivas o del fondo de los asuntos”.

Y ello con más razón cuando nos encontramos en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es un procedimiento en el que el refuerzo de las garantías de los interesados debe ser mayor. Las razones pueden ser muchas: la propia idea de la complejidad del procedimiento; su heterogeneidad, por actuar en todos los sectores en los que se desenvuelve la actividad administrativa, lo que en muchas ocasiones, está informada por un casuismo substantivo (de lo más variopinto) que acaba repercutiendo en la tramitación; por la posibilidad que la resolución tiene de limitar derechos subjetivos o intereses legítimos (a terceros interesados); o, de otro lado, simplemente porque una reclamación de responsabilidad patrimonial sugiere que previamente ha habido una limitación o mutilación de estos derechos¹⁰⁶⁰.

Estos motivos hacen más necesaria la idea que FERNANDO PABLO transmitía en el año 1993 sobre *la garantía democrática de naturaleza procedimental* que supone el derecho de los ciudadanos a la motivación, y que merece la pena ser objeto de transcripción:

“Si se cree en la *sociedad democrática avanzada*, a la que apela el Preámbulo de la Constitución española de 1978, habrá que comenzar por reconocer que aquélla se asienta en una opinión pública de ciudadanos (y no de súbditos) que, en concepto de tales, *tienen derecho a contrastar*, mediante el discurso justificativo que las acompaña, la no arbitrariedad de las decisiones administrativas, al menos en aquellos casos en que el contenido mismo de la decisión o la naturaleza del poder ejercitado puedan plantear dudas en ausencia de una explicación justificadora”¹⁰⁶¹.

B. La motivación como concepto

Entrando en la zona terminológica de la motivación, he de apuntar que, en sentido negativo, esta no es más que el requisito que garantiza la *confrontación de la parte dispositiva con el ordenamiento jurídico*, atribuyéndoles a los interesados la posibilidad de someter dicha decisión al necesario escrutinio jurídico-factico¹⁰⁶²; además de

¹⁰⁶⁰ En teoría, la responsabilidad patrimonial es prevista para resarcir a los administrados “de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos” (art. 32.1 LRJSP).

¹⁰⁶¹ Marcos M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, op. cit., pág. 27.

¹⁰⁶² Como se puede observar a simple vista, he evitado proporcionar un concepto clásico de la motivación de los actos administrativos. No sabría cual elegir. La delimitación conceptual de la figura ha sido atajada con solvencia por parte de Rocío NAVARRO GONZÁLEZ, *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, consulta *online*. La autora, en el primer Capítulo de su obra (“Concepto, naturaleza y encuadre normativo de la motivación”), estudia el concepto desde las concepciones tradicionales que han explicado este clásico elemento del procedimiento administrativo. Desde la *vis tradicional*, la autora diferencia primordialmente entre el concepto de motivación como elemento formal del acto (en conexión con los elementos objetivos del mismo) y su dimensión funcional. Así, de un lado, la dimensión de *elemento formal* se explica desde el entendimiento de la motivación como requisito formal de los actos administrativos. Y, de este modo, la vinculación de la forma con los elementos objetivos del acto pasa –desde otro punto de vista doctrinal– por ligar las *razones* con los hechos, el fin, la causa y los motivos. Pero de otro lado, la *dimensión funcional* de la motivación no es más que la “exteriorización o expresión de las razones que ha llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución”, expresaba la autora citando a clásicos como Entrena Cuesta y Garrido Falla. Esta última es una definición con la que congenio.

Sin embargo, la idea fuerza defendida por la autora es que estas concepciones deben quedarse en el pasado. La motivación, apunta, es una imbricación en *la comprensión sistemática*. Esta comprensión

permitir la reacción de estos contra la decisión y posibilitar el control judicial a partir de sus *motivos*¹⁰⁶³.

O al menos, utópicamente, este debería ser su objetivo, más allá de la laberíntica formulación doctrinal sobre la materia¹⁰⁶⁴. Desde un plano estrictamente formal, y siguiendo con la línea apuntada anteriormente, la motivación no es más que *la argumentación* de la decisión. Una argumentación que habrá de guardar congruencia con las alegaciones esgrimidas por los interesados; con los demás elementos de juicio elaborados en la fase de instrucción (en especial, la prueba); con el ordenamiento jurídico; y con la propia parte dispositiva de la resolución. Al fin y al cabo, las connotaciones que han de desprenderse de la motivación de una decisión son aquellas que, a través de una comprensión conjunta, sirven eficazmente para informar a los interesados sobre las razones –*ratio decidendi*– del desenlace¹⁰⁶⁵.

Una vez sentado que la motivación es argumentación, es razonamiento; cabe afirmar que se trata de un *proceso intelectual plasmado en un documento administrativo* –la resolución–. Esta idea se vincula con lo que, algunos autores, estudiosos de la gestión documental, denominan *elemento intelectual* del documento. Que le atribuyan precisamente este adjetivo –“intelectual”– no es mera estética. Lo describen como el cauce que “comprende a su vez aspectos como la expresión del pensamiento del sujeto o su significación jurídica, y la reconocibilidad, esto es la existencia de hechos jurídicos y elementos formales”¹⁰⁶⁶. Dicho término es utilizado para diferenciar esa vertiente sustancial del documento de los elementos de carácter corporal de este, es decir, los de naturaleza llanamente formal, como, por ejemplo, el

significa que, con abandono de los postulados del Derecho administrativo tradicional, ahora se debe entender “la adaptación de la motivación a las circunstancias variables de cada asunto”, o, dicho de otro modo, por entenderla desde una visión de conjunto. Siguiendo a Schmidt-Assmann, NAVARRO GONZÁLEZ apunta que esta visión de conjunto de la motivación responde al hecho de que “los procedimientos administrativos no se pueden circunscribir a un único objetivo, sino que responden a amplias competencias administrativas, a otros fines tales como la información administrativa, la coordinación y la garantía del acierto en la decisión, la seguridad jurídica individual y la consecución del consenso institucional”.

¹⁰⁶³ Así, por poner algún ejemplo entre miles, véase la STS de 11 de octubre de 2012 (ROJ 6586/2012), Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, que apunta que, en el marco de la actuación administrativa, la motivación ha de ser “una exigencia ineludible para el control judicial de la actuación administrativa, que establece el art. 106 de la Constitución, y para hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 del citado texto constitucional”.

¹⁰⁶⁴ Rocío M. NAVARRO GONZÁLEZ, *La motivación de los actos administrativos*, loc. cit.

¹⁰⁶⁵ Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2018, pág. 583. Destaca el autor que el principal interés desprendido de esta necesidad de conocer las razones de la decisión es, ni más ni menos, que facilitar el ejercicio del derecho a la defensa de los interesados. Dicho en palabras de este, la motivación “permitiría a los interesados articular con las debidas garantías los distintos medios de impugnación que les confiere el ordenamiento jurídico (...)”.

¹⁰⁶⁶ Todo ello véase en Antonio David BERNING PRIETO, “El documento administrativo electrónico defectuoso, ¿una nueva categoría?”, *DA*. Nueva Época, núm. 5, enero-diciembre, 2018, pág. 125, haciendo referencia a GAETE GONZÁLEZ.

cuerpo del documento –que si es electrónico estará formado por dígitos que luego sufren una conversión visual para el entendimiento humano– o la grafía¹⁰⁶⁷.

Lo que es indudable es que en la motivación –como tantas cosas en derecho– se ha de tratar en abstracto, y esta situación es potenciada más si cabe por la falta legal de criterios claros. Ahora bien, también es cierto que sería una misión imposible parametrizar la manera en la que se debe motivar. Por consiguiente, desde el derecho optamos por remarcar aquello que, de forma manifiesta, no se puede hacer al motivar: a modo de ejemplo, está proscrita la motivación estereotipada, como tendré la ocasión de apuntar más adelante. En este caso, el remedio que queda es confrontar dicha justificación con el entendimiento del operador jurídico medio, bajo la consigna de establecer una frontera que no se pueda franquear, a modo de *última ratio*. Y con ello me refiero a que, si la motivación no supera un escrutinio del operador jurídico medio, ello podría constituir un indicio cualificado de falta de motivación adecuada. Y este inicio de falta de motivación, o de la irracionalidad de la misma, puede suponer la puerta de entrada hacia la arbitrariedad (proscrita por el art. 9.3 de la CE)¹⁰⁶⁸. E incluso, como defiende RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, podríamos observar “la arbitrariedad ya como simple ausencia de motivación o de motivación convincente; se podría hablar aquí de irracionalidad *procedimental*: relativa al proceso de formación de la decisión”¹⁰⁶⁹.

Por todas estas razones, cualquier construcción teórica o la formación de la voluntad administrativa no puede responder –tal y como apunta DÍEZ SASTRE– a un *proceso de descubrimiento o de inducción* de la normativa aplicable, sino de argumentación y justificación, incluso haciéndolo desde un punto de vista filosófico-jurídico¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ Por decirlo de otra forma, podríamos entender que los elementos corporales de los documentos (electrónicos) son aquellos que se señalan en el art. 26.2 de la LPAC: a) contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; b) disponer de los datos de identificación que permitan su individualización; c) incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos; d) incorporar los metadatos mínimos exigidos; e) incorporar las firmas electrónicas que correspondan.

¹⁰⁶⁸ Como decía Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 105, “[l]a motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario”. He de apuntar, sin embargo, que la equiparación entre falta de motivación y arbitrariedad no es una cuestión pacífica a nivel doctrinal, y ni mucho menos a nivel jurisprudencial. Véase, en este sentido, Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, en el libro escrito con José Luis MEILÁN GIL, *Norma y acto administrativos*, Lustel, Madrid, 2018, págs. 251 y ss.

¹⁰⁶⁹ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 188.

Esta perspectiva no es únicamente una bondadosa aspiración doctrinal, sino que la propia jurisprudencia del TC aprecia que “la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia”. Véase en este sentido, por todas, la STC de 27 de febrero de 2017, núm. 30/2017, Ponente: Adela Asua Batarrita.

¹⁰⁷⁰ Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 192. Destaca la autora que “[t]anto en la creación de conceptos como en su aplicación pueden esconderse valoraciones individuales. Para evitar ese peligro, junto a la transparencia, es necesario incorporar una carga de argumentación en el proceso de formación de conceptos. Hay que justificar las

C. La intensidad de la motivación: de la motivación sucinta a la motivación detallada

Más allá de su arraigo constitucional¹⁰⁷¹, el deber de motivar está previsto en la LPAC en un triple sentido: como un requisito de carácter general (material) de determinados actos administrativos; como un requisito (formal) de la resolución (terminación); y finalmente, en materia de responsabilidad patrimonial, con un repunte al alza de su exigibilidad.

En una primera aproximación, la motivación se constituye como una exigencia de carácter general de los actos administrativos, establecida así en el artículo 35 de la LPAC. Más concretamente, parece tratarse de un requisito de *algunos actos administrativos*, a la vista de la enumeración *numerus clausus* recogida en su apartado primero. Sin embargo, a tenor de la amplitud de la relación enumerada en dicho apartado, podría considerarse que la *motivación* de los actos administrativos es la regla general, perfilándose así la autonomía de la parte dispositiva como una excepción¹⁰⁷². Sea como fuere, hay que significar que los actos que resuelven procedimientos de responsabilidad patrimonial forman parte del elenco de actos afectados por dicha previsión [art. 35.1 h)]. Otra cosa es que, a pesar de la promulgación de la nueva ley de procedimiento del año 2015, los actos continuarán siendo motivados “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”; sin saber muy bien cuáles son las reglas del juego a la hora de dar cumplimiento al deber de motivar¹⁰⁷³.

En segundo término, entrando en terreno de la finalización del procedimiento, y concretamente en el ámbito de la resolución material, el artículo 88.3 de la LPAC reitera el deber de la administración de motivar la decisión tomada. Pero limita este deber a que sea uno de los supuestos tasados en el artículo 35 a los que acabo de hacer referencia. Dicha *referencia-remisión* a la regulación general de la motivación provoca que poco más se abunde –a nivel legislativo– en este momento sobre esta figura, más allá de aceptarse expresamente la motivación *in allunde* en el apartado 6 del mismo artículo 88 de la LPAC. Esta manera de motivar, por referencia a otros documentos o

decisiones en torno a la elección del material jurídico y de los fenómenos que son objeto de análisis, la función, la estructura del concepto y, en concreto, la selección de las notas definitorias que van a conformarlo”.

¹⁰⁷¹ Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas...”, *op. cit.*, págs. 249 a 259, analiza los preceptos constitucionales en los que la jurisprudencia suele ampararse para imponer a la Administración el deber de motivar. A saber: “el Estado de Derecho (art. 1) y la consagración constitucional del principio de legalidad (art. 9); la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3); el derecho de defensa (art. 24); el carácter servicial de la Administración pública y la exigencia de objetividad (art. 103.1); y el control judicial de los fines de la actuación administrativa (art. 106.1)”.

¹⁰⁷² Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, *op. cit.*, pág. 247; o César CIERCO SEIRA, “La tramitación del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción y finalización”, en el manual dirigido por Antonio EZQUERRA HUERVA y Pablo MENÉNDEZ, *Lecciones de derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2019, pág. 296.

¹⁰⁷³ No solo eso, sino que, tal y como apunta Rocío M. NAVARRO GONZÁLEZ, *La motivación de los actos administrativos*, *op. cit.*, consulta *online*, el legislador ha desaprovechado la oportunidad para dar claridad a la figura, proporcionar un concepto, atajar su naturaleza jurídica, establecer los requisitos de la motivación, o determinar su alcance. Carencias que, a buen seguro, seguiremos echando de menos.

actuaciones¹⁰⁷⁴, puede tener su especial consideración en materia de responsabilidad patrimonial ya que, tal y como he tenido la ocasión de especificar en el capítulo anterior, es un procedimiento en el que la presencia de informes o dictámenes de carácter consultivo es notoria. Sobre todo, lo es cuando la tramitación deviene de *cierta relevancia*, por razón de su cuantía (*ex lege*) o por razón de la voluntad del órgano instructor (*ex voluntate*).

Es de destacar que la remisión en la resolución a documentos como forma de motivar no es la única posibilidad admitida, sino que, además, jurisprudencialmente se acepta la motivación *por actuaciones*, o como se le suele denominar: por remisión a “la unidad orgánica del expediente”¹⁰⁷⁵. Dicho de otro modo, si el interesado puede llegar a conocer las razones de la decisión administrativa a partir de interrelacionar los documentos obrantes en el expediente administrativo, se podrá considerar la motivación que se remite a los mismos como válida¹⁰⁷⁶. Una solución adecuada si dichos documentos son los informes de los servicios jurídicos o de los órganos consultivos a que se refiere el artículo 81.2 LPAC. Fuera de aquí la motivación por *actuaciones* puede suponer un peligro para el conocimiento efectivo de las razones de una decisión, ya que no se puede abandonar la decisión a la suerte de la deducción del interesado. Por ello, la precaución debería ser imperante a la hora de motivar por remisión en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Volveré sobre ello más adelante.

Y, en tercer lugar, el artículo 91.2 de la LPAC, establece tácitamente una mayor exigencia de motivar la resolución en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En concreto, requiere que además de los requisitos generales de cualquier resolución (art. 88 LPAC), en este ámbito se deberá pronunciar también sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la

¹⁰⁷⁴ Concretamente, el artículo 88.6 de la LPAC establece textualmente lo siguiente: “[l]a aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

Por tanto, la motivación *in aliunde* ha de ser entendida como aquella motivación que se realiza mediante la referencia a otros documentos o actuaciones. Ahora bien, este tipo de motivación debe cumplir con el rigor que jurisprudencialmente se le atribuye. Esto es, tal y como explica Rocío NAVARRO GONZÁLEZ, “La motivación de los actos administrativos”, en la obra coordinada por Eduardo GAMERO CASADO, Julián VALERO TORRIJOS y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, *op. cit.*, pág. 1829, “será necesario que el propio acto identifique con la debida claridad ese otro documento o actuación donde se contiene la motivación, para que los afectados puedan conocer sin ningún género de dudas las razones y motivos que recoge la motivación y donde se encuentra”.

¹⁰⁷⁵ Véase, en este sentido, con cita de jurisprudencia del TS, la STSJ de Murcia de 24 de septiembre de 2018 (ROJ 1821/2018), Ponente: Abel Ángel Sáez Doménech.

¹⁰⁷⁶ Pero en este caso, considero necesario volver a insistir sobre la necesidad de que el interesado conozca efectivamente, en vía administrativa, estos documentos a los que se remite el órgano competente para resolver. De este modo, la STS de 18 de junio de 2018 (ROJ 2238/2018), Ponente: Eduardo Calvo Rojas, apreció la carencia de la debida motivación porque la entidad interesada no tuvo conocimiento de los documentos en los que se sustentaba la decisión adoptada por la Administración hasta que llegó a la vía contencioso-administrativa.

Dicha resolución es digna de aplauso, ya que no permite –como en otras ocasiones sí se ha hecho– la subsanación de la falta de motivación de la resolución administrativa en vía de impugnación judicial.

indemnización cuando proceda, de acuerdo con el art. 34 de la LRJSP. En palabras de NAVARRO GONZÁLEZ, esta previsión supone la exigencia de un *plus de motivación*¹⁰⁷⁷.

La exigibilidad de estos requisitos se repite en otros momentos procedimentales que la LPAC recoge entre las especialidades sobre la responsabilidad patrimonial: art. 61.4 (iniciación del procedimiento por petición razonada de otros órganos); art. 67.2 (reclamación de responsabilidad patrimonial). Tal y como vengo sosteniendo, la voluntad del legislador es que se justifique –ahora en la resolución material– la existencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y, en su caso, la traducción económica de esta. ¿Qué supone este precepto en el fondo? Aunque no lo recoja expresamente, en mi opinión, se debe entender que el órgano administrativo que resuelve deberá pormenorizar todos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial. Ello implica que no debe limitarse a la literalidad del art. 91.2. Cuando hablo de “todos los presupuestos” me refiero a todas variables de carácter jurídico-fáctico que pudieran ser de interés a la luz de la institución.

Dicho de otra manera, de entrada, la resolución deberá verificar todas las circunstancias que pudieran incidir, de alguna manera u otra, en los aspectos jurídicos propios de la responsabilidad patrimonial. No son precisamente pocas sus peculiaridades. Tal y como vengo sosteniendo, en este procedimiento pueden converger infinidad de circunstancias; múltiples interesados (con intereses contrapuestos); ámbitos dispares de la actividad administrativa, etc. Consecuentemente, tanto el órgano instructor como el competente para resolver han de ser capaces de demostrar cierta versatilidad para adaptar los hechos de cada uno de los casos a los parámetros materiales predeterminados legalmente. Me refiero a los que, *grosso modo*, están contenidos en los artículos 32 y 34 de la LRJSP¹⁰⁷⁸.

Ahora bien, si por alguna cosa se caracterizan los requisitos de la responsabilidad patrimonial es porque son muy generales. La generalidad es acorde con la imposibilidad de abordar exhaustivamente todas las situaciones y circunstancias de la institución. Dicho de otra manera, en el procedimiento de responsabilidad el casuismo es muy marcado. Así que, en primer lugar, tenemos la gran casuística. En segundo término, la necesidad de analizar pormenorizadamente si se cumplen de forma acumulativa los cuatro principales requisitos de la responsabilidad patrimonial. Y, por último, la amplitud y matices de cada uno de estos presupuestos. Ello provoca que debamos cambiar radicalmente la concepción de la motivación, al menos en este ámbito concreto. Considero necesario interiorizar la idea de que el canon general de la motivación

¹⁰⁷⁷ Rocío M. NAVARRO GONZÁLEZ, *La motivación de los actos administrativos*, *op. cit.*, consulta online.

¹⁰⁷⁸ Al fin y al cabo, como es bien sabido, la justificación deberá responder a si se dan o no los presupuestos de responsabilidad patrimonial. Es decir, que se den las siguientes circunstancias: a) que exista una *lesión resarcible*, lo que implica que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado (art. 32.2 LRJSP) y que este sea antijurídico (art. 34.1 LRJSP); que *sea imputable al quehacer jurídico o material de la Administración* (lo que el art. 32.1 LRJSP denomina como “funcionamiento del servicio público”; que exista una relación de causalidad entre la lesión y la actuación pública (lo que el art. 32.1 LRJSP llama “consecuencia de”); y, por último, que ese daño no sea fruto de fuerza mayor (art. 32.1 LRJSP). Los cuatro requisitos anteriores, tres positivos (que deben coexistir) y uno negativo (la fuerza mayor, que no debe existir) son de carácter acumulativo.

“sucinta” puede resultar insuficiente para corresponder a la solicitud del reclamante, a quien, recordemos, se le exige que especifiquen las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuere posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo; además de acompañarla de cuantas alegaciones, documentos, informaciones pruebas y proposiciones de prueba estimen pertinentes. En este sentido, huelga acudir a una justificación elaborada o detallada, que, sin llegar a ser pormenorizada, sí sea consecuente con el esfuerzo alegatorio y probatorio exigido al particular.

Ya he tenido ocasión de destacar lo notorio de la evolución que el Derecho de la UE ha provocado en la diligencia del órgano instructor, a la hora de exigirle *un examen minucioso e imparcial de los elementos pertinentes del asunto de que se trate*, todo bajo el aura del principio de buena Administración¹⁰⁷⁹. Este mismo principio también ha influido felizmente en la jurisprudencia del TJUE sobre la necesidad de motivar las decisiones administrativas. El alto tribunal europeo, en su sentencia *Mukarubeg c. Préfet de police*, ha apuntado en una dirección más bien contraria a la *motivación sucinta* que desprende el ordenamiento español. Así lo hizo al deducir del derecho a la defensa de los interesados un examen minucioso e imparcial de los elementos relevantes del asunto, y exigiendo una *motivación detallada*:

“Dicho derecho exige igualmente que la Administración preste toda la atención necesaria a las observaciones del asunto de que se trata y motivando su decisión detalladamente (véanse las sentencias *Technische Universität München*, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14, y *Sopropé*, EU:C:2008:746, apartado 50). Por tanto, la obligación de motivar una decisión de modo suficientemente específico y concreto para que el interesado pueda comprender las razones de la denegación que se opone a su solicitud constituye el corolario del principio del respeto del derecho de defensa (sentencia *M.*, EU:C:2012:744, apartado 88)”¹⁰⁸⁰.

A ello se le ha de unir la idea conforme la cual, la manifestación del *derecho de defensa* ha de apreciarse en función de las circunstancias específicas de cada asunto y particularmente, a la luz de la naturaleza del acto de que se trate; esto es, teniendo en consideración el contexto en el que se enmarca el acto y *las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente*¹⁰⁸¹. Llevados estos elementos al terreno de la motivación de la resolución material de responsabilidad patrimonial, sería conveniente considerarlos como *criterios interpretativos de la necesidad de motivar*. Si atendemos a esta doctrina del TJUE, en base a la complejidad técnica que requiere contrastar la multitud de

¹⁰⁷⁹ Véase el capítulo relativo a la ordenación del procedimiento.

¹⁰⁸⁰ STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Mukarubega c. Préfet de police* (asunto C-166/13), Ponente: A. Rosas; considerando 48. El derecho matriz al que se refiere la sentencia es el derecho a ser oído, que, a su vez, entiende el tribunal que se deriva del *derecho de defensa*.

Además, véase también la STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Boudjilida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques* (asunto C-249/13), Ponente: A. Rosas; o la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M.*, (asunto C-277/11), Ponente: J.-J. Kasel.

Esta doctrina del TJUE ha sido defendida también por Antonio GARCÍA JIMÉNEZ, “El empleado público como epicentro del buen gobierno”, *RGDA*, núm. 49, 2018, págs. 7 y 8. El título del trabajo es, cuanto menos, intuitivo de quien es el principal sujeto responsable de garantizar la buena administración; y más concretamente el derecho del interesado a una motivación adecuada.

¹⁰⁸¹ *Ídem*. Considerando 54.

elementos fácticos con los requerimientos jurídicos, no sería temerario afirmar que esta resolución haya de ser motivada de forma detallada.

Es cierto, no obstante, que lo dispuesto por el TJUE se encuadra dentro del Derecho de la UE. ¿Quiere ello decir que no podría extrapolarse al procedimiento administrativo interno? Es preciso determinar que la interpretación del TJUE deriva del *derecho a la buena administración*, que está previsto en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Dicho precepto regula el derecho en un ámbito subjetivo concreto: “las instituciones y órganos de la Unión”; pero sigue apuntando que, más específicamente, la obligación de motivar sus decisiones “incumbe a la administración”¹⁰⁸². En este sentido, GARCÍA PÉREZ considera que esta referencia puede interpretarse de dos modos¹⁰⁸³. De un lado, cabe una interpretación estricta. Esta interpretación implicaría la exclusión plena de su aplicación ante las Administraciones de los Estados miembro de la UE, con lo cual, tal y como sostiene la autora, “el Derecho interno no tendría por qué verse afectado por el reconocimiento generalizado del deber de motivar cuando las decisiones son tomadas por sus Administraciones nacionales”¹⁰⁸⁴. Y, de otro lado, sostiene la autora que la propia literalidad del artículo permite una interpretación más amplia. Esta razón se presta porque al configurar la obligación de motivar sus decisiones, el precepto se refiere “a la administración”, en general; hecho que puede sugerir una lectura extensiva del deber.

Hago este inciso porque es importante, a mi modo de ver, dilucidar si la *motivación detallada* debe desbancar como canon general en materia de responsabilidad patrimonial a la *motivación sucinta*. En la jurisprudencia aún parece perdurar la idea conforme a la cual no es exigible una motivación de detalle, sino que se acepta la brevedad siempre que sea suficientemente expresiva¹⁰⁸⁵. Sin embargo, *las expresiones de suficiencia* pueden tener un impacto negativo sobre un pretendido derecho a la buena administración en lo que se refiere a su vertiente relativa a la motivación¹⁰⁸⁶. La

¹⁰⁸² Transcribo a continuación los dos primeros puntos del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE con el fin de facilitar la información al lector:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual, que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones*”. La cursiva es mía.

¹⁰⁸³ Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, *op. cit.*, pág. 268.

¹⁰⁸⁴ Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, *loc. cit.*

¹⁰⁸⁵ De este modo lo explican Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, *op. cit.*, págs. 528 y 529, al decir que “[n]o se exige una exposición detallada de las razones por las que se dicta el acto: la motivación puede ser breve y concisa, siempre que sea suficientemente expresiva, aunque resulte genérica –STC 36/1982; y SSTS 30-1-97, RJ 314; 30-11-96, RJ 6.807; y 26/1/96, RJ 648–”.

¹⁰⁸⁶ Se trata de expresiones que en la literatura de nuestros tribunales aún se encuentran con abundancia. Véase, por ejemplo, la STS de 26 de octubre de 2017 (ROJ 3831/2017), Ponente: César Tolosa Tribiño; o la STS de 29 de noviembre de 2011 (ROJ 7904/2011), Ponente: Segundo Menéndez Pérez. En concreto, la última de las citadas sentencias expresa lo siguiente: “siendo escueta la motivación y estando

imagen de tolerancia trasladada por los tribunales en estos supuestos puede desincentivar a la Administración a tomar medidas en torno a la necesidad de explicar, de forma detallada y atendiendo a las circunstancias del caso los motivos de su decisión.

Uno de los grandes defensores de la buena administración como derecho es PONCE SOLÉ. El autor defiende la incorporación *in extenso* del derecho a la buena administración en la normativa interna; incluso a través de varios preceptos constitucionales (arts. 9.3, 31.2, o 1.3.1 CE), y sin perjuicio de la positivización expresa de este precepto en algunos *estatutos de autonomía* (p. ej., el art. 30 del EACat)¹⁰⁸⁷. Y este posicionamiento parece tener buena acogida doctrinal por lo general¹⁰⁸⁸, ya que incluso se habla de la buena administración como *derecho fundamental*¹⁰⁸⁹. Sea como fuere, lo cierto es que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha interiorizado el principio de buena administración regulado en el art. 41 de la CDFUE más como un derecho subjetivo que como un principio propiamente dicho. Así lo destaca la STS de 18 de julio de 2018, al deducir la motivación del derecho a la buena administración de la Carta europea:

“El deber de motivación de las Administraciones Públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que *ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental* en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de

redactada con premura, es, sin embargo, suficientemente expresiva de las razones que llevaron a la Sala de instancia a restar credibilidad al informe pericial de parte y a inclinarse por el de la inspección médica, en el que aprecia la característica de objetividad”.

En tan solo una frase encontramos dos expresiones que, en cierto modo, restan importancia a la motivación detallada. Concretamente reconoce que se trata de una motivación escueta y *redactada con premura* (con prisa, urgencia, etc.). Pero a pesar de ello apunta que se trata de una motivación *suficientemente expresiva* de las razones. No cuestiono la decisión final. Posiblemente el informe de parte al que se refiere carecía manifiestamente de objetividad y credibilidad. Sin embargo, este tipo de declaraciones por parte de los órganos jurisdiccionales –seguramente bienintencionadas–, pueden provocar una relajación excesiva de los órganos administrativos competentes para resolver; sin perjuicio de que ello se observe también en no pocas resoluciones judiciales de instancia.

¹⁰⁸⁷ Juli PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *QDL*, núm. 40, febrero, 2016, págs. 91 y ss.

¹⁰⁸⁸ José Luis MEILÁN GIL, “La buena Administración como institución jurídica”, *RAndAP*, núm. 87, septiembre-diciembre, 2013, págs. 31 y ss.; o Antonio GARCÍA JIMÉNEZ, “El empleado público como epicentro del buen gobierno”, *op. cit.*, pág. 8. Sin embargo, más cauteloso se muestra Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR, “Del «derecho a la buena administración» al derecho de la Administración europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto (CED)*, núm. 51, 2014, pág. 43, que apunta a que “la artificiosidad de la Carta no ha conseguido transmutar el principio jurisprudencial en un auténtico derecho subjetivo”. Este autor, más bien encuentra la justificación de una posible efectividad de este derecho en el art. 298 del TFUE; y por otro lado, rechaza de plano la consideración de este derecho como fundamental.

Véase a modo de ejemplo, Marta GARCÍA PÉREZ, “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, *op. cit.*, pág. 269;

¹⁰⁸⁹ José Luis MEILÁN GIL, “La buena Administración como institución jurídica”, *loc. cit.*, apunta que “[l]a expresión ‘buena administración’ ha dejado de ser una aspiración meramente pragmática e incluso un principio jurídico para convertirse en un derecho fundamental”.

2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”¹⁰⁹⁰.

El lenguaje utilizado en el texto transcrito supone una evolución de la propia doctrina del TS en la que, tan solo tres años atrás, en la STS de 3 de noviembre de 2015, se hacía alusión a la buena administración como un *principio*, más que como un derecho¹⁰⁹¹. Y, sin embargo, ahora es tildado de derecho fundamental¹⁰⁹². En mi opinión, no es para nada desatinada esta observación, más allá de que el texto normativo que lo recoge conlleva ya ese nombre: “Carta de *Derechos Fundamentales* de la Unión Europea”. Cabe además hacer un símil con la falta de motivación de las resoluciones judiciales, ámbito en el que el TC ha considerado que dicha carencia puede vulnerar el *derecho a un proceso con todas las garantías* (art. 24.2 CE)¹⁰⁹³. Sin perjuicio de los matices que puedan existir, ello ha de trasladarse sin complejos a la vía administrativa, sobre todo cuando el procedimiento sea susceptible de provocar efectos desfavorables para el ciudadano o cuando la actividad administrativa supuestamente ya lo ha hecho con anterioridad al mismo (el caso de la responsabilidad patrimonial).

A modo de conclusión, cabe reflexionar sobre el papel de la motivación, en general, en la vía administrativa y, en especial, en procedimientos como es el de la responsabilidad patrimonial. Se debe perder el miedo a explicarle al administrado las razones de una decisión, más allá de la cita de normas a granel. Con más razón en procedimientos susceptibles de provocar o haber provocado efectos desfavorables; cuando se interpretan conceptos jurídicos indeterminados (¿qué es un daño antijurídico?); o cuando se hace uso de una potestad discrecional (*p. ej.*, un daño causado por un acto administrativo irrazonable). La Administración debe ser capaz de dar explicaciones reales, porque una motivación detallada no implica necesariamente

¹⁰⁹⁰ STS de 18 de julio de 2018 (ROJ 3001/2018), Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. La cursiva es mía.

¹⁰⁹¹ STS de 3 de noviembre de 2015 (ROJ 4627/2015), Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. En dicha sentencia, sin infravalorar en ningún momento el derecho a la buena administración (más bien al contrario), se decía lo siguiente: “cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”.

¹⁰⁹² Ahora bien, no es de sorprender, en vista de la defensa del magistrado ponente en el ámbito doctrinal de esta perspectiva. En concreto, José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 105 a 107, ya defendía una *motivación reforzada* para las resoluciones judiciales, cuyos argumentos bien pueden trasladarse a la vía administrativa en cuanto el ejercicio de poder público se encuentra presente en los confines de ambas actividades. El autor defendía por aquel entonces que resoluciones que incurren en determinados vicios son incompatibles con el Estado de Derecho. A saber: aquellas basadas en puro decisionismo, en el capricho del juzgador, las que parten de premisas fácticas inexistentes o manifiestamente erróneas, o huérfanas de un desarrollo argumental, o que incurren en quiebras lógicas de razonamiento, etc.

¹⁰⁹³ Véase, en este sentido, el análisis que realiza María Emilia CASAS BAAMONDE, “De los derechos y deberes fundamentales”, en la obra colectiva dirigida por Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y la autora citada, *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, Tomo I, BOE, Madrid, 2018. págs. 203 y 204.

una extensión de páginas¹⁰⁹⁴. Una motivación real implica una fusión entre las circunstancias del caso, el derecho aplicable (no solo la ley, sino el derecho), y las alegaciones de todos los interesados en juego. Al fin y al cabo, la Administración debe tener respeto por el razonamiento porque *es una exigencia del propio ejercicio de la autoridad o del poder*¹⁰⁹⁵.

IV. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El procedimiento administrativo puede finalizar de *mutuo acuerdo* entre la Administración y el interesado. Se trata de la llamada terminación convencional. Esta manera de finalizar el procedimiento adquiere una significativa virtualidad en el procedimiento de responsabilidad patrimonial¹⁰⁹⁶. En este sentido, la doctrina nos explica que la aceptación legislativa del acuerdo se consolida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la consolidación del Estado democrático y la creciente participación activa de los particulares en los asuntos administrativos, que dejan de estar bajo el mando de la Administración autoritaria y se adhieren a la noción de *Administración participada*¹⁰⁹⁷.

Una primera aproximación al concepto puede ser la proporcionada por CARRILLO MORENTE y DELGADO PIQUERAS, en tanto que definen la terminación convencional como “un negocio jurídico multilateral consistente en un acuerdo de voluntades alcanzado entre la Administración competente y los interesados en el seno de un procedimiento administrativo para regular jurídicamente el asunto que en el mismo se dilucidaba”¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ No quisiera abundar demasiado en todos los “trucos” que los órganos administrativos y judiciales utilizan a modo de motivación. Valga como botón de muestra la siguiente transcripción de lo que sería una falta de motivación, descrita por la STS de 10 de abril de 2018 (ROJ 1267/2018), Ponente: José Luis Requero Ibáñez: “[f]inalmente hay que indicar que en la redacción de las resoluciones la impronta de su redactor es manifiesta. Al respecto no hay reglas específicas y la única es la antes expuesta: dar razón, y razón cumplida y comprensible, de lo que se resuelva, no ya para conocimiento de las partes y con satisfacción de su derecho a la tutela judicial efectiva, sino también para permitir su control por una instancia superior. En este sentido la mera reproducción de los alegatos de las partes, resumidos o sin resumir, la cita extensiva de sentencias aisladas o concatenadas –sin reparar en lo que haya de específico por razón de lo litigioso en ese caso– o sustituir el esfuerzo interpretativo de normas mediante el cómodo resaltado a base de negritas o subrayados son prácticas que puede suponer falta de motivación”.

¹⁰⁹⁵ STS de 10 de abril de 2018; *ídem*.

¹⁰⁹⁶ En este sentido, César CIERCO SEIRA, “La tramitación del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción y finalización”, *op. cit.*, pág. 299; o Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pág. 662.

¹⁰⁹⁷ Así lo define Joaquín TORNOS MAS, en el prólogo a Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, según la cita realizada por Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, *op. cit.*, pág. 832.

Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 35 de la versión electrónica, citando a Francisco Delgado Piqueras, aplaude el papel de esta forma de terminar el procedimiento de responsabilidad patrimonial porque supone una rápida resolución de la reclamación, y además de que será una garantía de no impugnación para la Administración. En el mismo sentido, Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 481.

¹⁰⁹⁸ José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, pág. 1408.

Dicho de otra manera, y en opinión de los citados autores, esta forma de terminar no es más que *una formalización jurídica del ejercicio negociado del poder* por parte de la Administración, y su naturaleza será la contractual¹⁰⁹⁹.

A modo de cuestión previa, debo señalar que, en el procedimiento de responsabilidad, como tantas otras veces, habrá que estar tanto a la regulación general, contenida en el art. 86 de la LPAC –que es prácticamente idéntica a la regulación de la LRJPAC que sucede–, como a la regulación específica en la materia contenida en el art. 91.2 de la LPAC, sin perjuicio de otras previsiones puntuales que la ley ha previsto para esta forma de finalización¹¹⁰⁰. Centrándome en el análisis del asunto, cabe advertir que la LPAC ha modelado esta forma de terminar de una manera un tanto más compleja que la simple negociación; y otro tanto más compleja que la mera “terminación” del procedimiento¹¹⁰¹. A continuación, me adentraré en las entrañas de la terminación convencional, haciendo hincapié en los aspectos más relevantes de esta regulación y su incidencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

1. ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PIEZA CONVENCIONAL DENTRO DE LA TRAMITACIÓN GENERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Una eventual terminación negociada del procedimiento no exime de la tramitación general del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que, como se verá más adelante, es necesario observar la instrucción del procedimiento a través del cual deba fundarse la existencia de los presupuestos reglados que conforman la existencia de responsabilidad. En este sentido, durante el curso de esta instrucción, tanto la Administración como los interesados podrán proponer el acuerdo como forma de terminación convencional en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución (art. 91.1 LPAC)¹¹⁰², pero siempre que se posean suficientes elementos de

¹⁰⁹⁹ José Antonio CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *loc. cit.*

En una dirección similar apunta el TSJ de Cataluña, que en sus sentencias de 15 de mayo de 2014 (ROJ 5449/2014), Ponente: Eduardo Barrachina Juan; o de 9 de abril de 2014 (ROJ 4267/2014), Ponente: Joaquin Borrell Mestre; define la terminación convencional de un procedimiento administrativo como “la conclusión del mismo por acuerdo entre la Administración y el administrado mediante la realización de un Convenio o de contrato conforme a los requisitos establecidos legalmente y que es asumido por la Administración. Se trata de una forma de administrar en el que la Administración renuncia, en principio, a imponer de forma imperativa y unilateral su propio criterio y se esfuerza en encontrar un punto de equilibrio adecuado entre los intereses públicos por los que debe velar en todo caso y los intereses particulares de las personas físicas o jurídicas sin cuyo concurso no podría conseguir sus objetivos”.

¹¹⁰⁰ Ahora bien, la doctrina coincide en señalar que la regulación de la LPAC poco contribuye a delimitar el régimen jurídico de esta forma de ultimar el procedimiento. En este sentido, FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1741 y 1742, que considera *desilusionante* el resultado de esta regulación.

¹¹⁰¹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pág. 508, considera que esta fórmula legal es imprecisa, ya que “parece referirse a cuestiones muy distintas en el mismo precepto y de manera muy abstracta”, lo cual “plantea algunos problemas de interpretación”.

¹¹⁰² Tal y como apunta ÁNGELES DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales...*, *op. cit.*, *consulta online*, “[l]as negociaciones pueden proseguir durante el trámite de audiencia. Sin embargo, antes de finalizar este trámite, el órgano instructor y el interesado/s necesariamente deben haber elaborado una

juicio como para llegar a la convicción de la existencia efectiva de responsabilidad patrimonial¹¹⁰³. El hecho de que los interesados puedan proponer esta forma de finalizar el procedimiento no significa que tengan la fuerza para obligar a la Administración a iniciar la tramitación de un procedimiento convencional, o, dicho de otro modo, a que esta inicie las conversaciones o negociaciones preliminares que lleven a un hipotético acuerdo¹¹⁰⁴.

Con independencia del modo en que se inician aquellas conversaciones es importante someter a escrutinio el encauzamiento procedimental de la “negociación”, en caso de que efectivamente se pretenda iniciar esta tramitación. Aunque se trate de un aspecto más propio de la fase de instrucción, cabe igualmente su planteamiento en este momento.

De esta manera, cabe plantearse si el inicio de las negociaciones forma parte del procedimiento principal o si se trata de un supuesto en el que será conveniente tramitar un subprocedimiento, es decir, siguiendo la jerga procesal, tramitar una suerte de *pieza separada*. Como en muchos otros aspectos, la LPAC no hace referencia expresa a este tema. Sin embargo, nos proporciona una pista importante sobre la voluntad legislativa por cuanto regula el inicio de negociaciones que pueden dar lugar a una terminación convencional como una causa de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución [art. 22.1 g) LPAC¹¹⁰⁵].

No solo la suspensión en sí misma es un indicio de la configuración procedimental de dichas negociaciones, sino que también lo son –a mayor abundamiento– los

propuesta de acuerdo, de otro modo el instructor habrá de redactar la propuesta de resolución unilateral”.

¹¹⁰³ En este sentido, el punto de debate quizá radicaría en la pertinencia o no de practicar prueba, un trámite que puede resultar necesario para determinar si existen los presupuestos de la responsabilidad o no.

¹¹⁰⁴ Esta es la posición del TS, que incluso ha tenido que señalar que las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente (sancionador) no es un acto reglado, en el sentido de que no quepa denegar la apertura de un procedimiento convencional, sino que “corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación”. En este sentido, la STS de 16 de noviembre de 2018 (ROJ 3829/2018), Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso; o de 24 de septiembre de 2015 (ROJ 3942/2015), Ponente: María Isabel Perelló Doménech. Lo que defiende el Tribunal –posición totalmente pacífica en el ámbito de la terminación convencional– es que dichas circunstancias objetivas que justifiquen la posible tramitación de esta fase negociadora deberán ponderarse a partir de los intereses en juego. En el caso concreto, se trataba de llegar a un acuerdo sobre la imposición (a la baja) de una sanción, y, por tanto, los intereses en juego eran relativos a la conducta del presunto infractor. Este razonamiento, en mi opinión, tiene idéntica cabida en el ámbito del procedimiento de responsabilidad siempre y cuando se adapte a las circunstancias fácticas y jurídicas del mismo. De este modo, a título ejemplificativo, deberá analizarse el impacto sobre el interés público que podría tener un supuesto acuerdo de indemnización a la luz de la actuación administrativa causante del daño o la incidencia de la conducta de la víctima en el mismo.

¹¹⁰⁵ A efectos de facilitar la comprensión del lector, transcribo el citado precepto: “[e]l transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: (...) g) [c]uando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”.

requisitos adjetivos que exige el mencionado precepto para poder suspender el plazo. Así, de un lado, el artículo 22.1 g) establece que el momento inicial de la suspensión se da con la “declaración formal al respecto”. Es decir, a partir del momento en el que la Administración decide –ya sea de oficio o a instancia de parte– la apertura formal del período negociador, que procurará conseguir un acuerdo. Y, de otro lado, el momento final de la suspensión –o, dicho de otro modo, “el levantamiento de la suspensión”– tendrá lugar cuando concluyan las negociaciones sin efecto; hecho que además se deberá formalizar por escrito por cualquiera de las partes implicadas (Administración o interesados), dejando así constancia de ello¹¹⁰⁶. Esta perspectiva conlleva un momento inicial en el subprocedimiento convencional y un momento final, que se desprende estructuralmente del procedimiento principal. En este sentido, se inicia una *pieza separada* cuya resolución marcará el destino del principal, con dos posibles desenlaces.

El primero es que, si se llega a un acuerdo entre Administración e interesado, habrá terminación por acuerdo *ex art. 86 LPAC*. En este caso, el procedimiento convencional no será *paralelo o separado* del principal, sino que habrá forzado una especie de mutación del procedimiento principal¹¹⁰⁷. El segundo, en cambio, responde a la posibilidad del fracaso de este acuerdo. La tramitación paralela de la negociación será considerada como una *pausa del procedimiento principal*, reanudándose el procedimiento principal una vez producida la rotura de las negociaciones [art. 22.1 g) LPAC]. Es por ello por lo que, en este último caso, el inicio formal de conversaciones para la búsqueda de un acuerdo se puede considerar como un *incidente o pieza separada* del procedimiento principal (art. 76 LPAC) y con efectos suspensivos [art. 22.1 g) LPAC]¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ Sobre el momento a partir del cual surge efecto la declaración en cuestión, Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, pág. 103, considera que habrá lugar a partir de la notificación de esta.

Tiene sentido el hecho de que sea también el propio interesado el sujeto capaz de cerrar esta fase en tanto que debe habilitársele (legalmente) para poder “levantarse de la mesa de negociaciones”, y así parece haberlo entendido el legislador.

¹¹⁰⁷ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, pág. 1161, señala que, en caso de terminación del procedimiento mediante la fórmula del convenio, a pesar de no acabar mediante una resolución administrativa unilateral, estamos ante un auténtico procedimiento administrativo. Por tanto, según el autor, ello implica que debe resolverse expresamente (ya que el art. 86.2 LPAC establece un contenido mínimo al acuerdo convencional); notificarse a los interesados; y que es un procedimiento que dispone de un plazo máximo para resolver.

Además de las anteriores exigencias de trámite señaladas, tal y como diré en las próximas páginas, también será necesario en el ámbito del procedimiento de responsabilidad patrimonial el informe de los órganos consultivos cuando tenga carácter preceptivo.

¹¹⁰⁸ Este “incidente” puede encuadrarse en las “cuestiones incidentales” del art. 77 de la LPAC. Ahora bien, debe resolverse el hecho de que estas últimas no suspenden la tramitación del procedimiento, salvo que se trate de la recusación. Sin embargo, como apunté en el capítulo relativo a la ordenación del procedimiento, al que me remito, las suspensiones del procedimiento suponen una ampliación tácita de las excepciones a la regla general del art. 77 LPAC según la cual las cuestiones incidentales no suspenden la tramitación del procedimiento.

A efectos comparativos, cabe destacar que el TS ha dejado clara esta posibilidad en relación con los “incidentes” derivados de las causas de suspensión. Si bien el ámbito concreto se halla en el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, el criterio marcado nos puede servir para apuntalar la ampliación indirecta de las causas de suspensión derivadas de las “cuestiones incidentales” del art. 77 LPAC por la vía del art. 22 de la misma ley. De esta manera, la STS de 18 de enero de 2019 (ROJ 260/2019), Ponente: Fernando Román García, estableció que “[e]l término ‘incidente’

Pero la idea clave es que este subprocedimiento no es automático. Existirá como tal (jurídicamente) si el instructor se encarga de delimitarlo correctamente, dando cumplimiento sobre todo a las formalidades de apertura y cierre (si es el caso) del incidente con los requisitos recogidos anteriormente, y donde jugará un papel esencial –una vez más– la motivación de dichos trámites.

Otro aspecto de relevancia en la tramitación del incidente convencional es que la posibilidad de entablar efectivamente la negociación y, en su caso, cerrar un hipotético acuerdo, debe ser sometida a otro de los requisitos generales de la tramitación del procedimiento administrativo común: *la solicitud del informe del órgano consultivo correspondiente cuando este tenga carácter preceptivo*. Por decirlo de otra forma, el acuerdo deberá pasar la criba del órgano consultivo competente siempre y cuando este deba pronunciarse con carácter obligatorio. Ello es así en tanto en cuanto el trámite es obligatorio también en esta modalidad de finalización procedimental, por previsión expresa del art. 81.2, párrafo segundo, de la LPAC¹¹⁰⁹. En este sentido se pronuncian con habitualidad los propios órganos consultivos¹¹¹⁰. La intervención de los órganos consultivos garantizará tanto el control de los elementos reglados de la responsabilidad patrimonial como, sobre todo, aquellos discrecionales, erigiéndose en garantes de la correctitud del acto, mediante la fiscalización tanto de los elementos de legalidad como de *oportunidad*.

La última cuestión para tener en cuenta en lo relativo a la tramitación del acuerdo convencional es otra previsión recogida en el art. 91.1 de la LPAC. Este artículo,

utilizado en el artículo 12 del Reglamento de defensa de la competencia (...) debe ser interpretado como la causa o motivo, de los contemplados en el artículo 37 de la Ley de Defensa de la Competencia, que justificó la suspensión del procedimiento administrativo y habrá de estarse a los términos en los que se acordó la decisión de suspensión por la autoridad correspondiente”.

En términos idénticos véase, entre otras, también las SSTs de 26 de junio de 2018 (ROJ 2539/2018), Ponente: Eduardo Espín Templado; de 18 de junio de 2018 (ROJ 2512/2018), Ponente: Eduardo Calvo Rojas; o de 21 de mayo de 2018 (ROJ 2037/2018), Ponente: Diego Córdoba Castroverde.

No son destacables las diferencias entre el artículo 12 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) –al que se refiere el TS– y el artículo 22.1 de la LPAC en lo que a la naturaleza procedimental *del incidente “terminación convencional”*. Por tanto, se podría entender como válida y extensible la interpretación anterior también en el marco del procedimiento administrativo común.

¹¹⁰⁹ En concreto, dicho apartado prevé que “(...) el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una (...) propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento”.

¹¹¹⁰ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 22 de febrero de 2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez. En concreto, recordando doctrina del propio órgano consultivo, establece lo siguiente sobre la terminación convencional en los procedimientos de responsabilidad patrimonial: “esta forma de terminación del procedimiento no hace variar sustancialmente la intervención de la Comisión respecto aquellos casos en que no se da esta forma de terminación convencional, tal y como se desprende de la normativa reguladora. En efecto, el artículo 12.2 del RPRP (actualmente, artículo 81.2 LPAC), referido al dictamen consultivo, señala que la Administración ha de solicitar que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, si es preciso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y la manera de indemnización’ (Dictamen 348/2017)”.

A mayor abundamiento, y en este sentido, véase todos los dictámenes que se citan en el punto B).

encargado de regular determinadas “especialidades” en materia de terminación convencional de la responsabilidad patrimonial, acoge la *diferenciación entre la competencia para proponer el acuerdo de convenio y la competencia para suscribirlo*. Tal previsión sintoniza con la idea fuerza de la LPAC en cuanto al realce de la figura del *instructor* y su papel nuclear en la tramitación del procedimiento (art. 71.3 LPAC). En este sentido, no será problemático llegar a la conclusión de que la competencia para proponer el acuerdo (y, por tanto, entiéndase, para “negociarlo”), se atribuirá al órgano instructor¹¹¹¹; mientras que la competencia para suscribir el acuerdo será atribuida al órgano competente para resolver, siguiendo de esta manera lo dispuesto en el art. 92 LPAC. Así, si se suscribe el acuerdo entenderemos que se habrá producido una terminación del procedimiento sin resolución expresa (unilateral), situación que es una excepción a la obligación de resolver y notificar la resolución en los procedimientos (art. 21.1, párrafo tercero, LEC). Sin embargo, cuando el órgano competente para suscribir el acuerdo no considere procedente formalizar la propuesta de acuerdo convencional, deberá acudir a la *resolución material* (art. 91.1, *in fine*, LPAC).

2. EL ACUERDO CONVENCIONAL COMO POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA NEGOCIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Para empezar, como cuestión previa al análisis de fondo de la posibilidad de utilización de la convención, he de apuntar las diferentes clases de acuerdos que en el fondo encierra el artículo 88.1 de la LPAC, que se caracteriza por regularlas incluso con una naturaleza jurídica netamente diferenciada. En este sentido, resulta oportuno acudir a la división doctrinal que nos proporciona la profesora DE PALMA DEL TESO¹¹¹², que clasifica los acuerdos de la siguiente manera: a) los acuerdos substitutivos de la resolución; b) los acuerdos procedimentales vinculantes preparatorios de la

¹¹¹¹ José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, pág. 1413.

¹¹¹² Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales...*, *op. cit.*, consulta online.

resolución¹¹¹³; y c) los acuerdos no vinculantes (*los acuerdos de intenciones*)¹¹¹⁴. De estas tres clases, la *terminación convencional* en sentido estricto es solo la primera, y de ahí que se sea considerada como substitutiva de la resolución material. Por consiguiente, será la única en la que me centraré.

En este caso la Administración tendrá encomendada la misión de decidir si es procedente sustituir aquella resolución material prevista en el art. 88 de la LPAC por la terminación convencional, es decir, aquel convenio con el interesado que reemplaza el ejercicio de la autoridad administrativa. La nota que caracteriza la concurrencia de voluntades es, por la parte de la Administración, el ejercicio de una potestad discrecional; y por la parte del interesado, la autonomía de la voluntad¹¹¹⁵. Dicho en otras palabras, la Administración solo puede negociar aquello que es discrecional. Esta idea, en el procedimiento de responsabilidad, se traduce en que no se podrá pactar la existencia o no de los presupuestos o requisitos de la responsabilidad patrimonial, sino que *solo podrá ser objeto de acuerdo la cuantía y el modo de hacerla efectiva*¹¹¹⁶.

De hecho, así está expresamente previsto en el único apartado que la nueva LPAC introduce en el artículo referente a la terminación convencional, el art. 86.5, que dice lo siguiente: “[e]n los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”. También es clara, sobre estos extremos, la

¹¹¹³ Sobre los acuerdos procedimentales vinculantes preparatorios de la resolución, la antes citada autora los divide en tres subcategorías, de las que me referiré a dos, por ser de interés en el ámbito del procedimiento de responsabilidad. En primer lugar, los acuerdos integrantes en la resolución son posibles debido a que el art. 86 de la LPAC establece la posibilidad de celebrar acuerdos vinculantes que se insertan en el procedimiento, y que tienen carácter previo a la resolución final. Por tanto, en este caso, Administración e interesado convienen de forma previa y vinculante a la resolución qué contenido tendrá esta. Por tanto, se trata de una forma de finalizar el procedimiento mediante resolución material (lo que la autora llama *unilateral* de la Administración), si bien, las cuestiones que, por ser discrecionales para la Administración, se han acordado en un convenio previo integrado en el procedimiento, ya quedaron determinadas de común acuerdo con el interesado. Lo que resulta interesante es que de esta manera se divide la posibilidad de acudir a la vía de recurso: el contenido pactado no podrá ser objeto de un recurso administrativo o contencioso-administrativo; en cambio, el contenido que, por no ser discrecional, no se puede pactar, sí puede ser objeto de recurso. En segundo lugar, resulta muy interesante la posibilidad de celebrar acuerdos relativos a *la instrucción o a la mera tramitación*. Aunque sirvan para preparar la resolución, no la integran. En este supuesto determinados actos de trámite serán objeto de la negociación, donde reluce el ejemplo de practicar acuerdos relativos a la prueba, así como la forma de practicar determinada prueba, la conveniencia de abrir un período extraordinario, etc.

¹¹¹⁴ Este tipo de acuerdos, explica de PALMA DEL TESO, son meros intercambios de puntos de vista entre la Administración y el interesado, que si bien suelen darse sobre aquellos puntos donde el consenso es mayor entre ambos, y pueden quedar plasmados en *acuerdos officiosos*, ninguna de las partes queda vinculada. Se podría afirmar que en estos supuestos la relevancia jurídica es escasa, más allá de que esta posibilidad está permitida por la LPAC.

¹¹¹⁵ Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales...*, *op. cit.*, consulta online.

¹¹¹⁶ De este modo lo sostiene la doctrina, como, por ejemplo, Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales*, *op. cit.*; Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 113; María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, pág. 284; o Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 527.

doctrina consultiva. En concreto, la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña apunta que la terminación convencional no excluye la necesidad de tramitar correctamente el procedimiento de responsabilidad y de observar la concurrencia de los presupuestos establecidos¹¹¹⁷. Una posición lógica a la luz de que tanto la tramitación procedimental como los presupuestos de la responsabilidad deben superar un control de legalidad en tanto que obligaciones de carácter reglado, y como tales, *res extra commercium*¹¹¹⁸. Así, de un lado, la intervención de los organismos consultivos se centra principalmente – cuando de una propuesta de terminación convencional se trata – en verificar la convergencia de los elementos de la responsabilidad patrimonial: existencia de lesión; imputable al funcionamiento de un servicio público; el nexo de causalidad; y la ausencia de fuerza mayor¹¹¹⁹, sin perjuicio del control sobre otros elementos de carácter formal (*p. ej.*, la prescripción; falta de legitimación, etc.). De esta manera, en alguna ocasión se ha llegado a informar desfavorablemente sobre el acuerdo de terminación convencional al que había llegado un Ayuntamiento y la parte interesada, por considerar que no se había demostrado la relación de causalidad entre el siniestro y la actividad administrativa¹¹²⁰.

Si lo anterior es innegable, resulta que el control que los organismos consultivos realizan sobre las propuestas de terminación convencional *no es solo de estricta legalidad*, sino también *de oportunidad*, tal y como señala sin tapujos el Dictamen del

¹¹¹⁷ En este sentido, a título ejemplificativo, los Dictámenes de la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña de 14 de junio de 2018, núm. 113/2018; de 22 de febrero de 2018, núm. 39/2018; o de 12 de abril de 2018, núm. 63/2018; siendo en todos ellos Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez.

¹¹¹⁸ En el mismo sentido que la *Comissió Jurídica Assessora*, lo expresa también el Dictamen de 24 de enero de 2019, núm. 86/2019, del Consejo Consultivo de Andalucía, Ponente: María Jesús Gallardo Castillo, apuntando lo siguiente: “[d]e todo lo expuesto se deduce que el acuerdo indemnizatorio no puede versar sobre si concurren o no los requisitos legales para que proceda el derecho a la reparación patrimonial al no ser esta cuestión susceptible de transacción, *sino solo limitarse a la determinación de dicha cuantía y el modo de efectuarla*”. E incluso va más allá, apercibiendo que “[p]or ello, como también se depende de los preceptos citados, el aludido acuerdo indemnizatorio no sustituye a un pronunciamiento del órgano competente sobre la existencia o no del derecho al resarcimiento ni, por tanto, es en sí mismo el acto finalizador del procedimiento siendo solo con aquel pronunciamiento con el que se pone fin al procedimiento y con el que se completa el acuerdo indemnizatorio al que nos venimos refiriendo y que será el que formalice este acuerdo anteriormente alcanzado, previa supervisión de su legalidad y oportunidad, así como la idoneidad de la propuesta pactada de terminación convencional”.

¹¹¹⁹ Además de los dictámenes citados en las notas anteriores, también es claro en este sentido el Consejo de Estado en su Dictamen de 19 de enero de 2017, núm. 930/2016, que justifica la validación de un acuerdo sobre la forma de terminación convencional porque se presentan los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial.

¹¹²⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 9 de mayo de 2018, núm. 319/2018, Ponente: Begoña Álvarez Civantos. Se trataba de un supuesto en el que se reclamaba una indemnización por la caída en la vía pública de la reclamante, pero sobre el que el Consejo determinó que no se había “demostrado la relación causal entre el siniestro, origen del daño, y el desnivel de la calzada”.

En un sentido idéntico se resolvió en el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 19 de diciembre de 2014, núm. 881/2014, Ponente: María Luisa Balaguer Callejón. El elemento destacable de este dictamen es que en el marco del procedimiento tramitado por la Administración consultante estaba presente un tercer sujeto, la compañía aseguradora. E incluso fue ella misma la que extendió un finiquito de liquidación al reclamante, aceptando de esta manera la propuesta de terminación convencional que después se proponía por parte de la corporación local. Sin embargo, después de realizar esta explicación, el órgano consultivo andaluz acabó concluyendo que “no puede considerarse acreditada la relación de causalidad, por lo que no podemos dictaminar favorablemente la resolución administrativa”.

Consejo Consultivo de Andalucía de 24 de enero de 2019¹¹²¹. Se podría decir que también es susceptible de verificación por parte de los organismos consultivos *el ejercicio adecuado del poder discrecional*, lo cual parece lógico, ya que, de todos es sabido que la discrecionalidad administrativa no está exenta del posterior control judicial¹¹²². Ni que decir que esta teoría tiene sencilla cabida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por cuanto la necesidad de que se pueda controlar por parte de los órganos consultivos y judiciales algunos elementos como son la cuantía y el modo de pago, deviene primordial con la finalidad de evitar conductas que impliquen *desviación de poder* u otras infracciones del ordenamiento jurídico que se localizan fuera de la órbita del interés público¹¹²³. Sin embargo, parece que no ambos conceptos responden estrictamente al ejercicio de una pura potestad administrativa discrecional. Voy a explicarme a partir de un supuesto concreto. Sobre la desviación de poder, apuntan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R. FERNÁNDEZ, que se trata de un vicio de estricta legalidad, por cuanto la Administración no es absolutamente libre de decidir (en este caso, la cuantía del daño), ya que no está autorizada a apartarse del fin para el que se le ha otorgado la potestad¹¹²⁴.

En concreto, en relación con la cuantificación de los daños, el fin legal perseguido es *resarcir* a la víctima del daño (art. 32.1 de la LRJSP). Y este resarcimiento debe articularse con arreglo a los criterios marcados por el art. 34.2 de la LRJSP: “[l]a indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en

¹¹²¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 24 de enero de 2019, núm. 86/2019, Ponente: María Jesús Gallardo Castillo, en cuanto, al referirse al acuerdo convencional sugiere la “supervisión de su legalidad y oportunidad, así como la idoneidad de la propuesta pactada de terminación convencional”.

¹¹²² Así lo destacan Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 160, al apuntar que “[l]a elección por la Administración de la actuación convencional frente a la actuación unilateral constituye una *facultad discrecional*, sin perjuicio de que la normativa sectorial que regule la materia concreta pueda limitarla o suprimirla (...)”.

Lo oportuno para explicar las clásicas posibilidades de control judicial de la actividad administrativa discrecional es acudir a la clásica teoría de los límites de la discrecionalidad que explican Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 488 a 508, por cuanto que, con carácter general, señalan tres técnicas diversas del control de la discrecionalidad: a) el control de los elementos reglados del acto discrecional, incluida la desviación de poder; b) el control de los hechos determinantes del acto; o c) el control por los Principios Generales del Derecho; sin perjuicio de otros cauces a través de los que se puede separar la frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, como es la motivación.

¹¹²³ Por su parte, *la desviación de poder* es un término amplio, cuya existencia implica, tal y como señalan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, *loc. cit.*, que no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado (*p. ej.*, un interés particular del agente o autoridad administrativa), sino que basta con que dicho fin, aunque de naturaleza pública, sea distinto al previsto y fijado por la norma que atribuye la potestad.

En este sentido, José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, pág. 1425 y 1426, hacen hincapié específicamente en la posibilidad de que la terminación pueda ser objeto de control a través de la doctrina de la desviación de poder, ya que es un supuesto de control tipificado en el (actual) art. 86.1 de la LPAC; esto es, la necesidad de que el pacto responda a la satisfacción de un interés público.

¹¹²⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, *loc. cit.*

su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social”. Esta previsión es de obligatoria observancia en el convenio, porque así lo exige expresamente el art. 86.5 de la LPAC. Por tanto, en la cuantificación del daño se han establecido determinados parámetros reglados de decisión, como, por ejemplo, la necesidad de tener en cuenta *el valor de mercado* del bien; o, en caso de tratarse de daño corporal (incluido el daño moral por muerte), la Administración podrá tomar como referencia determinados baremos.

Más allá de que en el caso de esta última posibilidad parece consolidarse la *absoluta discrecionalidad de la Administración*, al referirse el precepto a que “se podrá” tener en cuenta; tal discrecionalidad se restringe cuando nos hallamos ante daños de carácter patrimonial, ya que, por ejemplo, términos como el “valor de mercado” se convierte en un *concepto jurídico indeterminado*, cuyo control es de mayor exigibilidad (por contener elementos más objetivables) que la discrecionalidad administrativa. No se trataría en este supuesto de que la Administración deba realizar una estimación subjetiva, sino que los criterios de valoración se objetivizan, ya sea a partir de la aportación de facturas, de estudios de mercado, etc.; en definitiva, de elementos técnicos que sostengan su decisión¹¹²⁵. Sea como fuere, lo cierto es que en los dos supuestos de control –tanto el de la discrecionalidad en sentido estricto, como el control a través de los conceptos jurídicos indeterminados–, la cuantía y modo de terminación convencional estarán sujetos a la supervisión de los organismos consultivos en vía administrativa, como a los órganos jurisdiccionales en vía procesal. Y ello sin perjuicio de los *límites de la terminación convencional*, que analizaré más adelante, y que tienen una naturaleza jurídica diferenciada con respecto a la cuantía y el modo de finalizar.

A este respecto me interesa traer a colación el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 22 de febrero de 2018¹¹²⁶. En este informe consultivo se enjuiciaba una propuesta de terminación convencional por responsabilidad patrimonial

¹¹²⁵ Merece la pena citar –nuevamente– a los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, *op cit.*, págs. 487 y 488, por cuanto apuntaban lo siguiente: “[a] través de la profundización en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la idea de discrecionalidad tiende a reducirse de forma importante, como es obvio. Sus supuestos tradicionales no son ya identificados con la idea de exención de control; han pasado a ser únicamente supuestos de «dificultad de control», considerando el tema desde la perspectiva procesal de la prueba, por tratarse de supuestos en que normalmente han de integrarse en una sola apreciación conjunta de aspectos y valores diversos. Siempre que sea posible ofrecer al Tribunal una crítica seria y fundada de la decisión administrativa en causa desde la perspectiva de un concepto jurídico indeterminado, explícito o implícito en la Ley (...), será jurídicamente posible que el Tribunal revise la apreciación del concepto realizada por este último extremo. En este último extremo, como ha notado Sainz Moreno, la discrecionalidad no se justificará ya por una simple razón formal de competencia exclusiva y excluyente de la Administración, constatada la cual el juez tendría que aceptar cualquier uso que la Administración haya hecho de la misma; se justificará únicamente en la presunción de racionalidad (*test of reasonableness*) con que la Administración la ha utilizado, por su contacto con los hechos, por sus medios técnicos, por la multiplicidad de aspectos y valores que ha tenido que integrar en la decisión”.

¹¹²⁶ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 22 de febrero de 2018, núm. 38/2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez.

derivada de actividad administrativa en el ámbito urbanístico. Tras el examen de la concurrencia de los presupuestos de la institución, el informe puso de manifiesto la incorrección de la manera en la que se formalizó dicha propuesta, con especial énfasis en *los criterios utilizados para calcular la indemnización*. Dicho de otra manera, el informe descendía al control de los elementos más propiamente discrecionales de la terminación convencional, al tratarse de una conclusión del procedimiento que se planteaba de mutuo acuerdo con una concurrencia de culpas¹¹²⁷. Dos observaciones de relevancia se realizan. De un lado, el acuerdo no menciona cuál es el grado de culpas o porcentaje que las partes asumen, lo que lleva a la Comisión a señalar que es necesaria la acreditación de este mediante un profundo análisis fundamentado en informes técnicos y jurídicos que se deberían incorporar al expediente¹¹²⁸. Respecto la segunda observación, también echa en falta en el acuerdo convencional la valoración de unos daños y perjuicios que se sitúan en 254.493,38 euros más IVA, pero que no encuentran justificación alguna en el expediente administrativo. Del mismo modo que en el primer caso, apunta la procedencia de realizar dicha valoración mediante informes técnicos pertinentes. La idea fuerza que se extrae de lo anterior es que –tal y como señala el propio dictamen– no se proporcionan elementos de juicio para un adecuado control (de los elementos discrecionales del acuerdo) por parte el órgano consultivo. Con esto, acaba concluyendo con la recomendación de retrotraer las actuaciones hasta el momento procedimental en el que se concreten los daños indemnizables en conjunto con el grado de concurrencia de culpas con nuevo sometimiento posterior al informe de la Comisión.

El control sobre la terminación convencional también se extiende a aquellos elementos considerados doctrinalmente como los *límites a la actividad pactada de la Administración*. Dichos límites, siguiendo la línea doctrinal más aceptada, podrían describirse de modo genérico como la prohibición de pactar sobre aquello que es contrario al ordenamiento jurídico, que versa sobre materias no susceptibles de transacción y que no responde a satisfacer el interés público encomendado a las Administraciones¹¹²⁹. Especial interés reviste en los supuestos de responsabilidad

¹¹²⁷ Como sabemos, la concurrencia de culpas en la responsabilidad patrimonial administrativa no conlleva la rotura del nexo de causalidad, pero sí es una de las interferencias que pueden existir en dicho presupuesto. La consecuencia de la misma es que la cuantía indemnizatoria se rebaja, según se desprenda de la graduación de las culpas.

¹¹²⁸ Concretamente, dispone el citado Dictamen lo siguiente: “(...) debería incorporar al expediente un informe técnico y jurídico que se centre en la conducta y las actuaciones de ambas partes y de la resta de interesados, con tal de determinar el grado de culpabilidad de que puedan responder, y su incidencia en la deficiente actuación administrativa en el otorgamiento de la licencia”.

¹¹²⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, op. cit., tomo II, pág. 2235. Los autores ejemplifican la situación a partir de una antigua sentencia del TS en la que se rechazaba el pacto entre un particular y un Ayuntamiento sobre –entre otras cosas– el compromiso de este último de concederle al primero una licencia de edificación. Dicha situación provocó el lógico pronunciamiento del tribunal consistente en apuntar que el objeto (en aquel caso, del contrato) está fuera del tráfico jurídico.

En la misma dirección apuntan José Antonio CARRILLO MORENTE y Francisco DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, op. cit., pág. 1425 a 1427. Más concretamente, destacan estos límites (de carácter material) de dos modos: a) el interés público; b) el principio de legalidad. Sobre el interés público, destacan que es controlable a través de la técnica de la desviación de

patrimonial uno de los límites de legalidad que, con más fuerza, hace acto de presencia en este procedimiento: la fiscalización por parte de la Intervención de los actos que tengan un carácter económico¹¹³⁰. Tal y como explica REBOLLO PUIG, normalmente será necesario el control del órgano de Intervención de cada Administración cuando se trate de actos administrativos –en este supuesto, sujetos a terminación convencional– que reconozcan derechos de contenido económico, aprueben gastos o adquieran compromisos de gastos de conformidad con la normativa aplicable en cada caso¹¹³¹.

Esta circunstancia ha sido significada también por los órganos consultivos. Un ejemplo muy gráfico lo encontramos en el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña de 12 de abril de 2018, en el que se informaba –una vez más– sobre la responsabilidad patrimonial por la actividad administrativa urbanística¹¹³². En el marco del procedimiento sometido a consulta se daban las circunstancias de que el Ayuntamiento y la parte interesada habían llegado a un acuerdo de indemnización por valor de 1.693.042,91 euros (la reclamante inicialmente solicitaba una cuantía de 2.025.785,39 euros) que se pagarían por la corporación en tres mensualidades. El objeto de control no era solo relativo a la cuantía, sino también al modo de hacerla efectiva. Así, la trascendencia de la aceptación de dicho acuerdo por parte del órgano consultivo se halló en que en el procedimiento se incorporó *un informe emitido por el Interventor* en el que afirmaba la existencia de disponibilidad presupuestaria para atender el pago de la indemnización pactada. No solo eso, sino que, además, el pago se dividía en tres mensualidades, hecho que facilitaba “que el municipio no incurriera en el incumplimiento de los parámetros de la normativa de estabilidad presupuestaria y haciendas locales”¹¹³³.

La casuística también nos proporciona otras claves a tener en cuenta a la hora de respetar los límites que bordean la terminación convencional. Es muy importante apreciar que el convenio puede recoger previsiones de reparación *en especie*, supuesto

poder, e inciden en su discrecionalidad, apuntando que no se trata de una mítica categoría objetiva, sino más bien de un concepto valorativo, “en cuya definición se entremezclan juicios subjetivos de oportunidad y razón de quien decide”. Por su parte, el principio de legalidad como límite infranqueable del acuerdo, se conforma más como el límite de lo reglado. En este sentido, destacan los citados profesores que “puede interpretarse como un límite material a la libertad de contratación que prohíbe transgredir las normas de Derecho imperativo”.

¹¹³⁰ Sobre este, se pronuncia Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 150 y 151.

¹¹³¹ Así, se refiere a los artículos 148 y 150 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria para el ámbito de la AGE; la mayoría de las leyes relativas a la Hacienda de las distintas CCAA; así como el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales, para el ámbito de las EELL.

¹¹³² Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Cataluña de 12 de abril de 2018, núm. 63/2018, Ponente: Joan Manuel Trayter Jiménez.

¹¹³³ *Ídem*, FJ V.2. Me interesa destacar que el criterio de control que justifica la Comissió es relativo al *interés público* del supuesto. Para mostrarlo, es oportuna su transcripción: “[e]n el presente caso, el interés público reside en hacer efectivo el derecho de los particulares a ser indemnizados de cualquier lesión que sufran como consecuencia de la actuación administrativa en sus bienes y derechos, consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución, a la vez que también se persigue, mediante el pago de tres anualidades, que no se produce ninguna situación de incumplimiento de parámetros de la normativa de estabilidad presupuestaria y de haciendas locales”.

que igualmente estará sujeto a la supervisión de legalidad y oportunidad pertinente. Como botón de muestra de lo que sería un resarcimiento en especie, cabe destacar la reparación de una vivienda dañada por trabajos en la carretera de titularidad administrativa¹¹³⁴; o por el traslado de parcelas a través del mecanismo de la modificación puntual de Planes Parciales¹¹³⁵.

3. LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTEGRAR EL PACTO O CONVENIO

El art. 86.1 prevé una habilitación para que las “Administraciones Públicas” puedan “celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos”. Desde el punto de vista del elemento subjetivo, la previsión conlleva la atribución de la condición de parte necesaria a la Administración cuya responsabilidad se discute, que deberá estar presente en la formalización del acuerdo, así como a otro tipo de sujetos, bajo la rúbrica de personas “tanto de Derecho público como privado”. La perspectiva de los sujetos que pueden formalizar el acuerdo, desde un plano general, no parece proporcionar mayor problemática, más allá del estudiado tema de la legitimación procedimental¹¹³⁶. Sin embargo, el punto de conflicto en este aspecto podría brotar cuando en el procedimiento se hallaran terceros interesados con expectativas contrapuestas con el interesado promotor, como suele suceder con habitualidad en los procedimientos de

¹¹³⁴ Este supuesto fue conocido por el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias de 4 de octubre de 2018, núm. 406/2018, Ponente: de León Marrero. Lo curioso del mismo es que en la propuesta de acuerdo que fue elevada al Consejo se proponía un pacto con previsiones subsidiarias. La principal se basaba en la asunción por parte de la Administración a reparar la vivienda del interesado. Sin embargo, este pacto se condicionaba a la obtención de las autorizaciones administrativas necesarias por este, hecho sin el cual el acuerdo quedaba sin efecto, y se pasaba a un acuerdo subsidiario, que no era otro que el pago de una indemnización.

¹¹³⁵ Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, núm. 75/2018. Este supuesto es un ejemplo de lo que no puede hacerse en el acuerdo convencional. Dicha resolución conoció de un supuesto en el que la Administración, en realidad, indemnizaba de dos modos. De un lado, a través de una indemnización pecuniaria, recogida en la propuesta de terminación convencional. Y, de otro lado, en especie, mediante el traslado de una superficie de 63 metros cuadrados a otra parcela, propiedad de la empresa interesada y que, en opinión de dicha Comisión, constituya una compensación en especie. Ahora bien, el problema se dio porque dicho resarcimiento no quedó reflejado en la propuesta de convenio y fue una de las cuestiones que el órgano consultivo mandó revisar a la Administración.

¹¹³⁶ Ahora bien, tal y como precisa Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales*, *op. cit.*, consulta *online*, se debe aclarar qué se entiende en este supuesto por Administración pública. Está claro que la Administración territorial siempre va a estar presente, pero la duda surge con el sector público institucional. Por aquel entonces, la autora sostenía que también debían entenderse incluida cualquier entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de aquella, cuando ejerzan potestades administrativas.

Considero, sin embargo, que, pese a la complejidad del tratamiento del *sector público institucional* en general, y en especial, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, no tiene mayor repercusión en lo que a la terminación convencional se refiere en cuanto a este último. Entiendo que, si una determinada Administración o entidad del sector público institucional puede iniciar y tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, también podrá llegar formalizar un convenio, siempre que cumpla los requisitos para ello. Y el órgano que deberá llevarlo a cabo será el competente para resolver, sin perjuicio de que, tal y como sostienen José Antonio CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, pág. 1413, el protagonismo en la negociación debería asumirlo el instructor.

responsabilidad patrimonial ya que el interesado promotor será el reclamante de la indemnización, mientras que el tercero interesado será un presunto responsable.

Una visión con perspectiva de la idea que vengo defendiendo en este trabajo me llevará fácilmente a señalar la obligatoriedad de que todos los interesados sean llamados a la participación en el procedimiento de formación del acuerdo. La razón es sobradamente conocida: garantizar su pronunciación sobre una cuestión que, de una forma u otra, les puede acabar afectando. Al fin y al cabo, tienen la condición de interesados en vista del art. 4 de la LPAC. Sin embargo, a esta llamada a la participación no puede asimilársele una fuerza vinculante de cara a la formalización de acuerdo alguno, sino que debe entenderse en el sentido de posibilitar que se manifiesten sobre la propuesta del acuerdo, con total independencia de la postura que estos tomen ante el mismo¹¹³⁷.

La consecuencia de la participación de los terceros interesados en el acuerdo convencional nos llevará a diferenciar entre dos supuestos de acuerdo: los supuestos de *acuerdo global* en el que participan todos los interesados¹¹³⁸; y de los supuestos de *acuerdo parcial*, del que tomarán partido solo algunos de ellos, por ejemplo, la Administración y el reclamante cuando hay otros terceros interesados en el procedimiento¹¹³⁹. Si bien esta última posibilidad está aceptada generalmente por la doctrina, las opiniones se dividen cuando de clasificarla como terminación convencional se trata. En este sentido, CARRILLO MORENTE y DELGADO PIQUERAS consideran que un acuerdo parcial no es una forma de terminación convencional, porque no estamos ante un acto que decide sobre todas las cuestiones planteadas en el procedimiento (y tampoco puede vincular a terceros)¹¹⁴⁰. Sin embargo, DE PALMA DEL TESO matiza que el acuerdo sí que es una terminación convencional para el interesado que celebra el acuerdo (que, en este caso, sería el reclamante) y la Administración. Ello es así, a decir de la autora, porque se trata de un acto substitutivo de la resolución; y tiene un carácter negocial, pues no deriva de una resolución administrativa unilateral¹¹⁴¹.

Considero que tiene sentido este último posicionamiento, siempre que se entienda que no se trata de una *terminación convencional en sentido estricto*, sino más bien de una *terminación convencional parcial*. La clave radica en que, si entendemos la terminación convencional como aquel acto mediante el cual –tras apreciar los elementos indisponibles o reglados del asunto y negociar aquellos que no lo son– se pone fin a un determinado procedimiento, nos hallaremos ante una terminación convencional en su sentido más puro. Pero la sencillez de este criterio pierde fuelle ante

¹¹³⁷ Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales*, *op. cit.*

¹¹³⁸ A este supuesto, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, pág. 510, lo denomina “composición de intereses”.

¹¹³⁹ Tal y como destacan José Antonio CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, pág. 1413, nada impide que el acuerdo sea solo con alguno de los interesados. En el mismo sentido, Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales*, *op. cit.*

¹¹⁴⁰ José Antonio CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *loc. cit.*

¹¹⁴¹ Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales*, *op. cit.*, consulta online.

el papel del tercero ante esta situación. Así, propongo que nos imaginemos un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que existe, de un lado, un reclamante; y, de otro lado, un contratista de la Administración (como tercero posiblemente responsable); estampa habitual en los procedimientos de responsabilidad. La Administración llega a un acuerdo para indemnizar al interesado, pero hay oposición expresa del contratista. Este puede oponerse tanto por razones relativas a la inexistencia de responsabilidad, como por razones de desacuerdo con la cuantía o modo de indemnizar. A pesar de esta oposición, la Administración cierra el acuerdo con el reclamante. ¿Ante qué panorama nos encontramos? ¿Qué rol ejercerá ahora el *tercero interesado*?

La idea que se advierte es que el contratista (tercero) quedará en un limbo procedimental. El promotor del procedimiento habrá visto cumplidas sus pretensiones y, por ende, terminada su participación en el mismo. *A priori*, no existirán más motivos para seguir con la tramitación de una hipotética atribución de aquellas responsabilidades al tercero, porque estas ya habrán sido asumidas por la Administración, al haber prescindido de la oposición de este en cuanto al acuerdo convencional. Ello implica que la Administración también prescinde de ejercer el poder público (unilateral) resolutorio en el que podría llegar a *imponer* la responsabilidad patrimonial al contratista, ya que no se habrá seguido una tramitación en el que este pudiera defenderse, alegar, probar, etc.; y, por tanto, una posible imputación de responsabilidad al mismo podría causarle como mínimo una indefensión invalidante de la resolución (art. 48.2 LPAC).

Otra cosa sería dar respuesta al obligado interrogante relativo a si puede la Administración continuar y transformar el procedimiento de responsabilidad patrimonial en un procedimiento de responsabilidad por daños contra el tercero si entendiera a este como responsable. El objetivo de esta continuación sería salvar la antes apuntada falta de participación de este tercer interesado, reconvertido ahora, en el interesado principal del procedimiento. Debo advertir, sin embargo, que esta idea la dejo –por ahora– como mero bosquejo, ya que volveré sobre ella en la parte final del presente capítulo, al estudiar el *estatuto del tercero* en el procedimiento de responsabilidad, y la importancia de la participación de este en el proceso de toma de decisiones de la Administración. Lo que sí queda claro es que, dependiendo de la gestión que realice la Administración, el tercero puede salir tanto victorioso como responsable de la secuencia procedimental.

V. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El desistimiento y la renuncia se caracterizan por ser dos formas de terminación anormal del procedimiento que siempre se han conocido en conjunto, y que así también las ha entendido el legislador del año 2015, regulándolas en los artículos 93 y 94 de la LPAC, bajo el paraguas de una misma Sección, la 3ª, del Capítulo relativo a la finalización del procedimiento. A pesar de esta idea, lo cierto es que sendas figuras tienen unas

características bien diferenciadas, con especial impronta en los efectos jurídicos de cada una de ellas desprenden.

1. EL DESLINDE ENTRE DESISTIMIENTO Y RENUNCIA

Si algo tienen en común ambas figuras más allá de su regulación unitaria y el sentido léxico de las palabras, caracterizándose por el apartamiento voluntario de una inicial pretensión, lo cierto es que comparten una diferenciación jurídico-técnica muy clara¹¹⁴². Al respecto resulta ilustrativa la explicación proporcionada por GONZÁLEZ NAVARRO. Siguiendo esta explicación, se puede comprender al “desistimiento” como el abandono o renuncia a la pretensión (a la acción ejercida), mientras que la “renuncia” es concebida como el abandono total y absoluto del derecho sustantivo existente en el fondo y no de una acción (en su sentido procesal o procedimental)¹¹⁴³, puesto que esta sería un mero cauce de reclamación de aquel derecho.

La distinción, que puede dar juego en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ha sido descrita de forma impecable por el Consejo de Estado, como una actuación que no supone “un simple apartamiento de un procedimiento iniciado (lo que hubiera sido un desistimiento) sino el abandono completo de la posibilidad de hacerlo en un futuro”. Impide así la renuncia siquiera iniciar un nuevo procedimiento sobre estos mismos hechos, toda vez que el interesado –legítima y conscientemente– ha decidido abandonar definitivamente su derecho, que no podrá ejercitar de nuevo¹¹⁴⁴. Siendo esto así, una renuncia conllevaría, según el órgano consultivo, el abandono de cualquier género de indemnización que por el título de la responsabilidad patrimonial le pudiera corresponder al interesado¹¹⁴⁵. Mientras que el desistimiento tendría lugar en el marco de un procedimiento de responsabilidad concreto, pudiendo reiniciarlo la presunta víctima siempre y cuando no hubiera prescrito su derecho¹¹⁴⁶. Así pues, tal y como ha

¹¹⁴² Es curioso que el DRAE define el verbo “desistir”, en su acepción relativa al derecho, como el proceso de “abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal”. Sin embargo, como veremos, este no es el sentido correcto, ya que el quid de la distinción se encuentra en si precisamente se trata del abandono de un *derecho* o del abandono de una *acción procesal*.

¹¹⁴³ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 842 a 844. Esta diferenciación es pacífica en nuestra tradición jurídica. Véase, de este modo, César CIERCO SEIRA, “La tramitación del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción y finalización”, *op. cit.*, págs. 296 y 297; María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 290; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 522; Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, págs. 151 y 152; Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 61; Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1732 y 1733.

¹¹⁴⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2015, núm. 858/2015.

¹¹⁴⁵ El citado Dictamen apunta como normativa aplicable, en origen, al Derecho Privado, en tanto en cuanto destaca que “[t]ratándose de la renuncia de derechos, en el artículo 6.2 del Código Civil, se señala que ‘la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros’, y el artículo 1156 del mismo Código la considera una causa de extinción de la obligación (por condonación de la deuda), la cual puede articularse expresa o tácitamente (artículo 1187 del CC)”.

¹¹⁴⁶ Según explica María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, pág. 290, el desistimiento solo supone la terminación del procedimiento en sentido estricto, sin conllevar otros efectos sobre el derecho sustantivo objeto de la reclamación inicial.

puesto de manifiesto el propio Consejo de Estado, la diferencia es de naturaleza substantiva, y no adjetiva, en la medida que en caso de renuncia el interesado se despoja del derecho y consecuentemente también del procedimiento al que acaba renunciando¹¹⁴⁷.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que los dos supuestos de abandono voluntario de la pretensión se encuentran regulados de forma similar en los artículos 93 y 94 de la LPAC. Es por ello preciso abordar la tramitación de ambas figuras de conformidad con dichos preceptos y en conexión con la incidencia que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial va a tener.

2. EL DESISTIMIENTO EJERCIDO POR LA ADMINISTRACIÓN

La principal novedad que introduce la LPAC en el ámbito del desistimiento es la posibilidad de que la Administración desista de los procedimientos incoados de oficio (art. 93). No me refiero con ello al supuesto de un hipotético desistimiento de esta cuando actúe como interesada en un procedimiento, caso en el que quedaría cubierta por lo previsto en el art. 94 de la LPAC (el desistimiento de los interesados)¹¹⁴⁸. Esta situación ya venía reconociéndose en la práctica incluso con anterioridad a la actual LPAC, ya que el TS requería simplemente una “inequívoca voluntad de la Administración, de la que ha de quedar constancia precisa, clara y terminante” de la voluntad del desistimiento administrativo¹¹⁴⁹. A juzgar por la configuración actual, el legislador ha intentado proporcionar un sostén legal a dicha práctica mediante una regulación que pivota sobre los siguientes ejes: a) la Administración podrá desistir de los procedimientos iniciados de oficio; b) lo hará de manera motivada; y c) en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes.

Los dos primeros requisitos son obvios, pero no puede trivializarse la previsión final según la cual el desistimiento administrativo puede producirse “*en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes*”. Esto ha supuesto alguna crítica por parte de la doctrina, donde cabe destacar a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, que ha entendido que solo bajo una cobertura legal expresa podrá desistir la Administración, algo que, en opinión del autor, supone excluir su aplicación en materias donde la jurisprudencia había admitido el desistimiento¹¹⁵⁰. Por tanto, según esta concepción, estaríamos ante un desistimiento

¹¹⁴⁷ Esta es la explicación sobre la diferente naturaleza jurídica entre ambas figuras que se explica en la *Memoria del Consejo de Estado del año 2017*, Madrid, 2018, págs. 266 y ss. Debo apuntar que el órgano consultivo analiza esta distinción desde la perspectiva procesal (art. 20 de la LEC), cuya substantividad puede trasladarse sin género de dudas al procedimiento administrativo.

¹¹⁴⁸ FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 848.

¹¹⁴⁹ STS de 7 de noviembre de 2014 (ROJ 4660/2014), Ponente: José Juan Suay Rincón, citada por María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “Instrucción del procedimiento. Finalización del procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 344.

¹¹⁵⁰ FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1732 a 1735. El autor considera que, para que la Administración pueda ejercer el desistimiento, además de estar previsto legalmente, este solo será posible “en la medida que el interés general no imponga continuar el procedimiento hasta su resolución”. Sería el supuesto de un procedimiento sancionador en el que se lleva a la convicción de que hay infracción alguna. Ahora bien, acaba señalando

administrativo limitado a los supuestos permitidos en las leyes, tal y como está previsto, *ad exemplum*, en el ámbito de la contratación pública (art. 152 LCSP)¹¹⁵¹. Sin embargo, ninguna especialidad entre su elenco prevé la LPAC sobre alguna posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento de responsabilidad patrimonial realizado de oficio. Por tanto, de considerar válida esta interpretación del art. 93 LPAC, se podría concluir que la Administración no puede desistir del procedimiento de responsabilidad que inicie de oficio. Sin embargo, no es tan sencillo. Cabe tener en consideración también la interpretación que sugiere GALLARDO CASTILLO, al considerar estos que los *requisitos formales* (entiéndase, la habilitación legal: “los previstos en las leyes”) deben ser los mismos que se establecen para el desistimiento de los interesados en el art. 94 de la LPAC¹¹⁵².

Un último criterio doctrinal que considero necesario tener en consideración es el que propone ZAMBONINO PULITO. No es ni más ni menos que situar el debate en el marco de las potestades regladas y discrecionales de la incoación de oficio del procedimiento¹¹⁵³. Si el inicio del procedimiento tiene carácter reglado, la Administración no tendría margen para desistir. En cambio, si el inicio fuera discrecional también contagiará al desistimiento. Importa significar que la idea fuerza radica en la mayor o menor exigibilidad para que el órgano competente inicie o no el procedimiento de oficio, lo cual se tendrá que apreciar a partir de la predeterminación legal (si es el caso)¹¹⁵⁴ o –como sucede mayoritariamente en el supuesto del procedimiento de

que, siendo esta opción posible, parece más otra forma de terminación que el desistimiento, por ejemplo, la imposibilidad de continuar por pérdida del objeto.

En el mismo sentido también lo parece expresar –sin demasiado detalle– la STSJ de Madrid de 14 de enero de 2019 (ROJ 1296/2019), Ponente: Ignacio del Riego Valledor, al especificar que el desistimiento administrativo no es un “desistimiento libre”, sino que este debe estar motivado y en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes. Ahora bien, esta resolución no define las posibles implicaciones de esta falta de libertad administrativa en el desistimiento, sino que simplemente vetó esta posibilidad a un Ayuntamiento que pretendía desistir de una convocatoria de pruebas selectivas cuando ya había interesados presentados a esta.

A pesar de lo anterior, existe nueva jurisprudencia conforme la que se acepta el desistimiento de la Administración en aquellos supuestos clásicos, como, por ejemplo, el expropiatorio. Véase en este sentido, la STSJ de Andalucía de 9 de abril de 2018 (ROJ 5647/2018), Ponente: Heriberto Asencio Cantisan. Asimismo, cabe destacar que ni la LEF ni su reglamento de desarrollo estipulan de forma expresa la posibilidad de la Administración de desistir de una expropiación cuyo procedimiento inicia.

¹¹⁵¹ El art. 152.2 LCSP prevé que “[l]a decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización”.

De hecho, son precisamente habituales las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños causados por esta forma de retirar las ofertas de contratación, mediante el desistimiento.

¹¹⁵² María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, pág. 292; o en su trabajo “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, pág. 35. De un modo similar lo aprecia María Concepción CAMPOS ACUÑA, “Desistimiento y renuncia”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017, *consulta electrónica* en fecha 16 de abril de 2019.

¹¹⁵³ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

¹¹⁵⁴ Ya tuve ocasión de estudiar esta cuestión en el capítulo relativo a la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y, más en concreto, en el epígrafe relativo a la iniciación de oficio. A los únicos efectos recapitular, la actualidad jurisprudencial viene a romper la tendencia que imperaba hasta hace algunos años relativa a la idea conforme la que el órgano competente no tenía

responsabilidad– a través de la ponderación de la necesidad y oportunidad. Es ésta una interpretación que plantea, no obstante, algunas dudas, especialmente en una serie de supuestos a los que voy a referirme a continuación.

Sin pretender discurrir en profundidad sobre esta cuestión, no me resisto a realizar al menos un rudo esbozo del posible encuadre de los anteriores criterios en el procedimiento objeto de análisis. Con una vocación finalista, me planteo qué sentido tendría vetar el desistimiento a la Administración de un procedimiento en el que no se atestigüen los elementos suficientes para la existencia de responsabilidad patrimonial o los propios interesados no hagan acto de presencia alguno. Por poner algún ejemplo, un procedimiento en el que no hay interesados (por no haberseles localizado). No se puede indemnizar a quien no existe o a quien no se haya identificado como hipotéticas víctimas de un daño. Desde otra vertiente, tiene sentido considerar que los “supuestos y con los requisitos previstos en las leyes” sean aquellos que se prevén para el desistimiento de los interesados (los del art. 94 LPAC). Así, se pasaría a una interpretación inversa, en el sentido de que no se permitiría el desistimiento administrativo solo cuando una ley sectorial lo previera, sino también cuando no se sobrepasaran los límites entablados por la LPAC. Es decir, se permitiría siempre que se cumplieran tres condiciones: que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico (art. 94.1 LPAC); que no exista oposición relevante de terceros (art. 94.4 LPAC); y que no haya razones de interés general que sugieran la continuación del procedimiento (art. 94.5 LPAC). En definitiva, la ley que marcaría las reglas del juego seguiría siendo la LPAC, y sin perjuicio de los matices que en materia del desistimiento unilateral pueda oponer una ley sectorial.

Ni siquiera esta opción parece absoluta para lo que en este trabajo nos concierne. El abandono del procedimiento iniciado de oficio puede chocar con lo previsto en el artículo 65.2 de la LPAC, en tanto que obliga a la instrucción del procedimiento de responsabilidad, aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido¹¹⁵⁵. En este caso podríamos hablar, siguiendo a ZAMBONINO PULITO, del derecho (positivizado) al trámite de instrucción¹¹⁵⁶. Ahora bien, considero que puede interpretarse que el plazo de diez días al que se refiere *no es preclusivo*, flexibilizando así la posibilidad de personación de los interesados que, recordemos, no son promotores¹¹⁵⁷. Siendo comprensible esta solución, si los presuntos lesionados no

obligación alguna de iniciar un procedimiento de oficio. Ahora, dicha exigibilidad dependerá de las circunstancias que justifiquen una posible iniciación de oficio (arts. 58 y ss. LPAC).

¹¹⁵⁵ Esta situación parece la consolidación legal en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la *teoría del derecho al trámite* que propone María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, págs. 51 a 59. Pese a que la autora matiza el derecho al trámite en el ámbito de la iniciación de oficio del procedimiento, sí que considera que también en este ámbito puede hacer acto de presencia. Y lo puede hacer a través de la predeterminación legal, la previsión del derecho, como es la del art. 65.2 de la LPAC.

¹¹⁵⁶ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *loc.cit.* Aunque la autora se refiere al derecho al trámite de iniciación en el lugar citado, considero que el mismo razonamiento sería válido para cualquier acto de trámite, en este caso, de instrucción.

¹¹⁵⁷ Se ha de tener en cuenta que esta interpretación queda abierta, ya que el tono imperativo del art. 65.2 de la LPAC no proporciona mucha seguridad. En concreto, dicho precepto establece lo siguiente:

aparecen una vez transcurrido un tiempo prudencial en el que se haya intentado efectivamente su búsqueda, poco más se le podrá exigir a la Administración. Dicho de otro modo: si la finalidad perseguida con la incoación se diluye con la instrucción del procedimiento considero que el órgano competente para resolver podrá desistir¹¹⁵⁸ de él siempre y cuando se presencie una razón de interés público que esté específicamente motivada [art. 35.1 g) LPAC]¹¹⁵⁹.

3. EL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA POR PARTE DE LOS INTERESADOS

A. Breve análisis procedimental del desistimiento y la renuncia de los interesados

Cuando un interesado decide desistir de un procedimiento concreto, con amparo en el art. 94.1 de la LPAC, está realizando un acto de naturaleza jurídico-procedimental, por cuanto los efectos producidos por este acto no van más allá del procedimiento concreto, en este caso de responsabilidad patrimonial¹¹⁶⁰. No abandona por tanto el derecho subjetivo de trasfondo, como sí lo haría en caso de *renunciar* a él. La regulación conjunta de las dos figuras por parte del art. 94 de la LPAC provoca una necesidad práctica de cuidar la terminología; cuya responsabilidad se trasladará al operador jurídico, ya sea el propio interesado, su representante, o el instructor del procedimiento. De hecho, cualquier descuido o falta de atención puede llegar a provocar verdaderos quebraderos de cabeza en las actuaciones administrativas cotidianas y, sobre todo, en relación con las actuaciones tácitas o mal formuladas¹¹⁶¹. La garantía que pudiera tener

“(…). El procedimiento iniciado *se instruirá* aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido”. La cursiva es mía.

¹¹⁵⁸ A estos efectos, Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, op. cit., pág. 162, consideraban con la anterior LRJPAC que el término “desistimiento” para estas circunstancias no era del todo correcto, y que se podría hablar más de una “resolución de sobreseimiento o archivo de las actuaciones”. Sin perjuicio de que hablar de sobreseimiento o archivo me produce cierta simpatía, la terminología que ciertamente ha introducido la LPAC en su artículo 93 es precisamente desistimiento, si bien los efectos jurídicos sean equiparables. Así, algún sector doctrinal sigue entendiendo que también en la actualidad, con las nuevas leyes, que el desistimiento es lo equivalente al archivo de las actuaciones. En este sentido, véase Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 342.

¹¹⁵⁹ Sobre la necesidad de estos dos requisitos, interés público que justifique el desistimiento y motivación adecuada, se encargan de reiterarlo los órganos consultivos, tal y como se puede observar en la *Memoria del Consejo Consultivo de Canarias de los años 2017 y 2018*, pág. 186 y 187.

¹¹⁶⁰ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La terminación anormal del proceso administrativo”, op. cit., págs. 79 y 80. Lo que se desprende de los comentarios del autor –aunque relativos al proceso judicial– es lo que ya introduce en páginas anteriores, que el desistimiento, a diferencia de la renuncia, tiene un marcado carácter adjetivo, y propio de este cauce, en este caso, de la vía administrativa.

¹¹⁶¹ En el antecitado Dictamen del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2015, núm. 858/2015, se desestimaron dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la inadecuada utilización por parte de la sociedad reclamante de la figura de la renuncia. Dicha sociedad, en lo que pretendía ser un acto de buena fe, realizó una renuncia un tanto difusa del expediente de responsabilidad patrimonial mediante la siguiente frase: “[e]n cuanto al resto de gastos y perjuicios reseñados en nuestro escrito de 27 de diciembre de 2010, es voluntad de esta Sociedad, en aras de lograr una rápida solución al problema, así como, en prueba de colaboración con la Ciudad, la renuncia al resto de conceptos reseñados en dicho escrito”. Palabra “renuncia” que, según el órgano consultivo, aparecía en negrita en el escrito original. El acto de buena fe fue motivado por la búsqueda de la interesada de un acuerdo convencional en un procedimiento paralelo de expropiación forzosa. Si bien empezaron las negociaciones entre la mercantil

el interesado en este ámbito sería la obligación, de cuño jurisprudencial, que se le impone al órgano instructor, relativa a que este debe *cerciorarse de la existencia de la decisión de desistir o de renunciar*¹¹⁶². Ello conlleva que se asegure de cuál es la voluntad real y exacta del interesado, criterio que debería potenciarse a efectos de que los juzgados y tribunales requieran un esfuerzo por parte del órgano instructor a la hora de averiguar la voluntad real del interesado; y con más razón cuando este último se expresa de forma poco clara, cuestión también habitual. Ahora bien, esta garantía se diluye cuando es el propio interesado quien juega mal sus cartas y desiste o renuncia de forma expresa y con rotundidad, sin que dé lugar a dudas, tal y como el Consejo de Estado ha tenido alguna ocasión de señalarlo¹¹⁶³. Advertencias al margen, interesa destacar en un breve esbozo el tratamiento procedimental que el artículo 94 LPAC configura para la canalización de la renuncia y el desistimiento, cuyo régimen jurídico (desde el punto de vista adjetivo) no será diferenciado¹¹⁶⁴. La tramitación se divide en dos fases: la petición

y la Ciudad de Ceuta, estas no llegaron a buen puerto. El efecto que tuvo la utilización de la palabra “renuncia” (a unas cantidades) en aquel escrito, desencadenó el cierre definitivo a la posibilidad de volver a reclamarlas y, por tanto, una vez levantados de la mesa de negociaciones en el procedimiento de expropiación paralelo, la imposibilidad de replantear la reclamación de responsabilidad patrimonial. Hecho que probablemente no hubiera sucedido de utilizar la palabra “desistir”, además de algún elemento que preservara la interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, la sociedad volvió a plantear una segunda reclamación por este motivo pero que la instructora del procedimiento entendió que correspondía a cuantías (y por tanto daños) distintas a las inicialmente reclamadas, con lo que fue considerada prescrita.

Otra historia es plantearse el qué hubiera sucedido con respecto a la interrupción de la prescripción si en vez de renunciar al derecho se hubiera desistido del procedimiento. En este sentido, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 217, considera que la diferencia es que, en el caso del desistimiento, el plazo de un año comenzará a contarse *ex novo* a partir de la notificación de la resolución por la que se le tiene por desistido, y en cambio, cuando renuncia, simplemente no cabe reinicio alguno del procedimiento. Otra opción, además de lo que es buscar una posible interrupción, y por tanto que el plazo (en caso de desistimiento) no se inicie en el momento de la declaración del mismo, sería la búsqueda de una suspensión procedimental, imbricada en la letra f) del art. 22.1 de la LPAC.

¹¹⁶² Véase María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “Instrucción del procedimiento. Finalización del procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 346 y 347. En este sentido, la STS de 13 de febrero de 2012 (ROJ 939/2012), Ponente: María Isabel Perelló Doménech, que confirma la STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 2010 (ROJ 4141/2010), Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

También en el mismo sentido se ha pronunciado con posterioridad el mismo TSJ de Castilla y León mediante su sentencia de 13 de diciembre de 2013 (ROJ 5603/2013), Ponente: María Begoña González García.

¹¹⁶³ Véase dos notas más arriba.

Sobre esta cuestión también es tajante Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, *op. cit.*, págs. 857 y 858, al apuntar sobre la utilización del desistimiento en caso de supuestos malentendidos. Refiere a supuestos en el que los particulares formulan desistimiento por entender que la Administración le ha reconocido las pretensiones, caso en el que “aquel quedará a merced de la interpretación que deba seguirse sobre la posible existencia de satisfacción de sus interpretaciones”. Y acaba destacando que no sería la primera vez que, en realidad, habiéndose ejercido tal desistimiento, en realidad no hubo realmente reconocimiento alguno de pretensiones, “con lo cual el desistimiento tendrá un fatal desenlace”.

¹¹⁶⁴ En este sentido, la diferenciación es destacable desde un punto de vista material, como se ha señalado anteriormente, y, por tanto, el tratamiento que deberán realizar los sujetos implicados (interesados y órgano instructor) será de fondo (substantivo), teniendo en cuenta la diferente naturaleza jurídica de las dos figuras y los relevantes efectos que esta diferenciación provocará.

del interesado de desistir; y la aceptación por parte del órgano competente para resolver¹¹⁶⁵.

En primer lugar, los derechos a desistir o renunciar (art. 94.1 LPAC) se podrán formalizar por cualquier medio que permita su constancia, que será válido cuando además incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable (art. 94.3 LPAC). Esta previsión se concibe como una *declaración de voluntad del interesado* dirigida a ejercer el desistimiento o la renuncia. Una declaración de la que deberá quedar constancia de forma concluyente y categórica, a pesar de que, tal y como acabo de indicar, se trata de una cuestión que en la práctica no es tan clara. No me resisto a insistir en este punto que, en caso de una inexacta formulación del desistimiento o la renuncia, el órgano instructor debería tener la obligación de averiguar con rigor la voluntad de los interesados, principio que se ha de entender como parte de *la instrucción activa* que vengo defendiendo en este trabajo¹¹⁶⁶. En esta línea, el TS incluso ha tenido la ocasión de rechazar la posibilidad de *desistimientos condicionales*¹¹⁶⁷. Por otro lado, poco o nada interesa comentar sobre *el recordatorio* de que el documento lleve firma, previsión un tanto tautológica¹¹⁶⁸.

En segundo término, una vez formulada nítidamente la voluntad expresa del interesado, la Administración deberá aceptar de plano el desistimiento o la renuncia y, consiguientemente, tendrá la obligación de declarar concluso el procedimiento (art. 94.4 LPAC). De un lado, no será hasta este acto de aceptación de la Administración que se podrá considerar como *formalizado* el acto del desistimiento o la renuncia de los

¹¹⁶⁵ Siguiendo, con esta división, a Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1733 a 1735.

¹¹⁶⁶ A este respecto, resulta aleccionador el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 7 de junio de 2017, núm. 369/2017, Ponente: Marcos Gutiérrez Melgarejo. Aunque no se trate de un supuesto de responsabilidad patrimonial, la casuística es muy enriquecedora. Se trataba de un procedimiento de modificación puntual del planeamiento a instancia de persona interesada. En un momento dado, la interesada presentó escrito manifestando lo siguiente: “[q]ue debido al tiempo transcurrido con respecto a nuestra petición de Modificación Puntual nº 20 del Texto Refundido del PGOU (...) y por disconformidad con los propietarios ya no existe interés por parte de la propietaria de la propiedad de cambio de uso que solicitamos en su momento, por tanto no se quiere seguir adelante con dicho expediente por lo que solicitamos no continuar con la tramitación del expediente de ‘Modificación Puntual (...)’”. Posteriormente, y a pesar de la literalidad del texto, el Ayuntamiento de Sevilla le notificó el acuerdo de aprobación provisional, sin tener en cuenta como desistimiento el anterior escrito. Este hecho provocó que el Consejo instara al órgano instructor a cumplimentar el trámite de volver a preguntar a la interesada su voluntad real para asegurarse de la pertinencia del archivo procedimental, toda vez que el procedimiento había avanzado hacia una propuesta de reconocimiento de su pretensión.

¹¹⁶⁷ STS de 30 de enero de 2008 (ROJ 293/2008), Ponente: Santiago Martínez-Vares García. Dispone dicha resolución que “[e]s obvio, por tanto, que una decisión de tal naturaleza (*el desistimiento*) no puede quedar condicionada, de modo que quien desiste tiene que mostrar su decisión por cual medio que permita su constancia y de forma expresa, categórica y concluyente, sin que quede resquicio para la duda acerca de cuál fue la voluntad de quien decidió desistir de su pretensión”.

¹¹⁶⁸ Señala Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, pág. 1733, que se trata de una precisión innecesaria, “en tanto que la firma o la acreditación de la autenticidad de la voluntad del solicitante constituye un elemento formal indispensable de toda solicitud, tal y como establece el artículo 66 LPAC”.

interesados¹¹⁶⁹. Y, de otro lado, la doctrina sostiene la obligación de la Administración de aceptar¹¹⁷⁰, por tanto, entiende la configuración regulatoria del art. 94.4 en el sentido de que el ejercicio de la renuncia o el desistimiento vincula al órgano competente para resolver el procedimiento. Sin embargo, conviene matizar el carácter absoluto de esta obligación de aceptación, en tanto que el propio precepto impone varias condiciones limitativas del libre ejercicio de la voluntad de los interesados. Como he tenido ocasión de apuntar anteriormente, estos límites son tres, y el peso de cada uno de ellos tiene una tasación bien diferenciada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Por esta razón, los analizaré de forma individualizada.

A. El primer límite indicado por la LPAC es que el desistimiento o la renuncia *no incurran en interdicción por parte del ordenamiento jurídico* (art. 94.1). Dicho de otro modo, para que la Administración se encuentre vinculada por la voluntad del interesado no debe existir prohibición alguna para desistir o renunciar al derecho previsto en el ordenamiento jurídico. Poca relevancia tiene, en principio, este límite en el procedimiento de responsabilidad, ya que, por lo general, no existe prohibición alguna para que los interesados renuncien a ser indemnizados por este concepto¹¹⁷¹, y no se suele observar esta causa en la jurisprudencia o en la doctrina consultiva como óbice al desistimiento o la renuncia en el marco de la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, no descartaría la opción de que se pueda considerar, por esta vía, la prohibición de renunciar o desistir en perjuicio de terceros (art. 6.2 CC), cuestión que recuperaré para el último de los límites analizados¹¹⁷².

B. La segunda limitación al abandono de la pretensión o el derecho que podría ser impuesta por la Administración es que el procedimiento atañe al *interés general o fuera conveniente sustanciarlo para su definición y esclarecimiento* (art. 94.5 LPAC). A mi juicio, dos son las causas limitativas del desistimiento que prevé este apartado. En primer lugar, que exista una causa de interés general, que como bien sabemos, se trata

¹¹⁶⁹ FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La terminación del procedimiento administrativo", *loc. cit.*, págs. 1735 y 1736.

¹¹⁷⁰ ALFREDO GALLEGU ANABITARTE Y ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, *op. cit.*, pág. 162, estiman que, una vez manifestada la voluntad del interesado, la terminación procedimental se formalizará por resolución administrativa "en la que *se acepta con carácter reglado u obligatorio el desistimiento y la renuncia* declarándose concluso el procedimiento". En similar terminología, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ Y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 2296. Estos últimos autores destacan la dificultad de encuadrar el desistimiento o la renuncia en la tipología de *acto unilateral o acto bilateral*.

¹¹⁷¹ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 23 de septiembre de 2010, núm. 316/2010, Ponente: Isabel Pont Castejón.

También exponentes de la doctrina civilista consideran, en principio, renunciable el derecho a la reparación de los daños, tal y como apunta Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 973. Todo ello a salvo de las excepciones previstas para el derecho de obligaciones contractuales que prevé el CC (arts. 1102 y 1103), pero que no rigen en nuestro ámbito de estudio.

¹¹⁷² En contadas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse el TS sobre este tipo de desistimiento que pueda perjudicar a terceros, aunque no se trate de procedimientos de responsabilidad patrimonial. Así, por ejemplo, la STS de 17 de diciembre de 2003 (ROJ 8197/2003), Ponente: Francisco González Navarro, que en el marco de un procedimiento de expropiación, apeó al Ayuntamiento de intentar desistir en perjuicio de tercero, lo que, en palabras del tribunal, es una contravención de la ley y el derecho, más concretamente, del art. 6.2 del CC.

de un concepto jurídico indeterminado cuyo contorno “puede traducirse en la idea de interés público o en provecho de la comunidad”¹¹⁷³. Pero el hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado no implica que se le utilice como último recurso estético, ni puede equipararse a la “mera conveniencia administrativa”¹¹⁷⁴. La Administración deberá *juridificar* aquel interés y, en última instancia, probarlo, a través de una actividad de construcción de la fundamentación que sostenga, en este caso, el perjuicio que pudiera causar a la sociedad la retirada del interesado de un procedimiento o la renuncia a un derecho¹¹⁷⁵. En modo similar al límite relativo a la *prohibición por parte del ordenamiento jurídico*, no se ha detectado una abundante casuística en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Como mucho, me permito imaginar, podría entrar en el terreno de juego esta causa limitativa en el supuesto de que el interesado en un procedimiento de responsabilidad fuera otra Administración, por aquello de que se debiera preservar la integridad de los caudales públicos mediante la interdicción del desistimiento o la renuncia a ser resarcida por los presuntos daños y perjuicios causados por la Administración instructora (art. 128.1 CE).

De otro lado, un segundo aspecto que prevé el artículo 94.5 LPAC para que la Administración quede habilitada para *limitar los efectos* del desistimiento o la renuncia del interesado será cuando considere necesaria la tramitación de un procedimiento con el objetivo de “su definición y esclarecimiento”. Trasladando esta previsión al terreno del procedimiento de responsabilidad patrimonial, parece justo entender que se podrá rechazar el desistimiento siempre y cuando la tramitación procedimental tenga como objetivo *definir o esclarecer las causas que han provocado un determinado daño*, a

¹¹⁷³ STS de 30 de enero de 2008 (ROJ 293/2008), Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

¹¹⁷⁴ STS de 27 de mayo de 2011 (ROJ 3245/2011), Ponente: María del Pilar Teso Gamella. En concreto, viene a destacar el TS que “el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa. Repárese que, si bien la Administración está al servicio del interés general, sin embargo, ese interés general no viene representado por el que esgrime la Administración y al que se refiere la sentencia recurrida. Se trata de un nada desdeñable interés económico que, pero que tiene un impedimento, para su aplicación como excepción al desistimiento en que nos encontramos, y es que tal interés no reside ni se materializa en este procedimiento en materia de aguas donde se ha producido el desistimiento denegado, sino en otro procedimiento diferente”.

¹¹⁷⁵ Al fin y al cabo, esto implica que la Administración realice un sobreesfuerzo en la motivación de una determinada decisión, tal y como explican algunos autores. En este sentido, véase el trabajo de José BERMEJO VERA, “El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, *RVAP*, núm. 10, 1984, págs. 103 a 138. Y este esfuerzo, esta intensificación de lo que no deja de ser la exigencia de “*motivación*”, supone una actuación que se acerca a una actividad probatoria de la Administración, según explicaba Fernando SAINZ MORENO, “Sobre el interés público y la legalidad administrativa”, *RAP*, núm. 82, 1977, págs. 451 y 452. En concreto, el autor, con base en la jurisprudencia de la época, sostuvo que “[l]a prueba del interés público (*terminología que equipara a interés general o a utilidad pública*), corre a cargo de la Administración y su omisión provoca una presunción contraria a su concurrencia en el acto impugnado”. La aclaración entre paréntesis y cursiva es mía.

Lo que está claro es que esta argumentación o actividad probatoria de la Administración se verá facilitada allá cuando sea una ley la que declare una concreta situación como sujeta a los *intereses generales*. Así, a modo de ejemplo, el artículo 1.3 del TRLAg dispone que “[l]as aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general (...)”. Sin embargo, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial será necesaria una actividad probatoria y argumentativa de la Administración un tanto más compleja, a causa de la ausencia de declaraciones legislativas del interés general en el ámbito del desistimiento del interesado.

efectos de retomar el buen rumbo y la mejoría –a través de la figura de la responsabilidad patrimonial– de la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, por muy loable que parezca esta finalidad, no es menos cierto que la institución de la responsabilidad patrimonial responde *al principio de la indemnidad de la víctima*, lo que supone que difícilmente va a poderse llegar hasta el final sin la voluntad de esta. ¿Podríamos argumentar con base en este principio una especie de *resarcimiento forzoso*? Y con ello sostener que, a pesar de la oposición del interesado promotor, la continuación de la tramitación y, en su caso, resolución estimatoria y puesta a disposición durante un determinado tiempo de la indemnización correspondiente, estaría amparada por dicho principio. Difícilmente a la luz del artículo 94.4 LPAC, que dispone que la norma general será *la aceptación de plano* del desistimiento. Pero, además, también difícil desde la perspectiva de la parte substantiva de la responsabilidad patrimonial, que prevé que es un derecho del particular lesionado (art. 32 LRJSP), y como tal, renunciable (art. 6 CC). Ahora bien, no es tan sencillo el tratamiento de la renuncia desde un punto de vista material, ya que el Derecho Civil también acota su ejercicio en ciertos casos, como por ejemplo allí donde la renuncia se realiza en perjuicio de terceros. Pero este tratamiento debe enlazarse con el último, y más complejo, de los supuestos limitativos objeto de estudio.

C. Por último, interesa centrar el estudio en el tercero de los límites que pueden objetarse a los derechos a desistir y renunciar de los interesados en el procedimiento, que no es otro que la posible *afectación de terceros*. La denominación genérica no es baladí. En mi opinión, la regulación que el art. 94 realiza sobre el desistimiento o la renuncia que puedan afectar a los derechos de terceros (en el ámbito de la responsabilidad patrimonial) encierra tres tratamientos distintos. De estos tres tratamientos, dos se encuentran positivizados expresamente en el mismo precepto y el tercero tiene una construcción teleológica. Empezaré por los dos primeros.

En primer lugar, el art. 94.2 contiene una previsión lógica para aquellos casos en los que el procedimiento se haya iniciado con una reclamación plural de dos o más interesados. En este supuesto, el desistimiento o la renuncia “solo afectará a aquellos que la hubiesen podido formular”¹¹⁷⁶. Ahora bien, no está de más hacer hincapié en el hecho de que este supuesto está concebido para resolver la problemática del abandono de la situación procedimental desde la vertiente de *los legitimados activamente*. Se trata de unas reglas que se aplican en este ámbito concreto ya que la resolución de los conflictos entre interesados con intereses contrapuestos (*p. ej. reclamante c. tercero presuntamente responsable*) está prevista para el segundo de los tratamientos. A tal fin, este segundo apartado del art. 94 LPAC solamente viene a asegurar que el ejercicio del

¹¹⁷⁶ Más concretamente, el art. 94.2 de la LPAC establece lo siguiente: “[s]i el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado”.

Cabe especificar que ningún óbice se puede formular desde el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que normalmente se tramitará el procedimiento con la vista puesta en la individualización del daño, y esto implica separar, *in natura*, los daños y perjuicios causados a los interesados con un tratamiento diferenciado para cada uno de ellos. Véase, a mayor abundamiento, los Capítulos relativos a la iniciación y la instrucción del procedimiento.

desistimiento o la renuncia por parte de un interesado (reclamante) no podrá afectar a los demás.

En segundo lugar, el art. 94.4 de la LPAC parece regular *la principal excepción* a la aceptación de plano del desistimiento o la renuncia de los interesados por parte de la Administración: “habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia”. Dicho de otro modo, este precepto establece un posible *derecho al veto* del desistimiento o la renuncia por parte de terceros interesados, un derecho con vocación de proteger a estos. Ahora bien, para el efectivo empoderamiento de los terceros, el precepto requiere dos condiciones de carácter *procedimental*. La primera, que estos se hayan personado en el procedimiento, lo que implica la *constitución formal como parte procedimental*, a los efectos del art. 4 LPAC y, excluye a los interesados *de facto*, porque no se habrán constituido *de iure*, mediante la personación en el procedimiento, y ello a pesar la previsión del art. 8 de la LPAC¹¹⁷⁷. Y la segunda es que estos se opongan (instando la continuación del procedimiento) al desistimiento o la renuncia en el plazo de diez días desde la notificación por parte del instructor de la propuesta de desistimiento o renuncia, ante la que podrán expresar su opinión¹¹⁷⁸.

Normalmente, en el marco del procedimiento de responsabilidad, se tratará de los terceros hipotéticamente responsables del daño causado y, consecuentemente, no será habitual la existencia de oposiciones, siempre y cuando detrás del ejercicio del derecho (sobre todo, en lo que respecta al desistimiento) no existan otros factores de peso que puedan decantar la balanza hacia la oposición. En este último sentido es destacable la STSJ de Murcia de 30 de junio de 2017, en la que se rechazó un desistimiento frente al que se opuso la interesada promotora, toda vez que durante la tramitación del expediente esta vio como el elenco probatorio iba desfigurando su pretensión. El objetivo perseguido en aquel supuesto por dicha interesada era acudir a la jurisdicción civil, estrategia ante la que salió al paso la aseguradora utilizando la vía del (actual) art. 94.4 de la LPAC, y cuya oposición estimó, con buen criterio, el TSJ¹¹⁷⁹. Lo que demuestran

¹¹⁷⁷ Considero pertinente insistir aquí en una idea fuerza de este trabajo, la instrucción activa. La Administración debería tomar las riendas e investigar, en la medida de lo posible y ante indicios (que podrían estar en el propio expediente), la existencia de terceros a los que pudiera perjudicar un desistimiento o una renuncia del interesado. Y, en caso de encontrarles, invitarles al procedimiento y proporcionarles audiencia. Esta idea, también casa con lo que se viene defendiendo en la doctrina más moderna, y que, por poner algún ejemplo, destaca Oriol MIR PUIGPELAT, “Veinte años no es nada...”, *op. cit.*, pág. 53, viene denominando la “obligación de investigación diligente e imparcial”.

¹¹⁷⁸ Aunque este traslado no se recoja expresamente en la LPAC, sí que podríamos equiparar lo dispuesto en el art. 94.4 de la ley como un deber del instructor de *oír* a los terceros interesados, dándoles la oportuna audiencia. Así parece que lo ha entendido la jurisprudencia, considerando que la Administración “cumplió con lo previsto por la Ley” en un supuesto en el que, ante el planteamiento del desistimiento por parte del interesado, esta habilitó el trámite de audiencia para el tercero interesado que se encontraba personado. En este sentido, la antes citada STS de 30 de enero de 2008 (ROJ 293/2008), Ponente: Santiago Martínez-Vares García; o las SSAN de 22 de abril de 2008 (ROJ 1061/2008 y 1062/2008), Ponente: Lucía Acín Aguado.

¹¹⁷⁹ STSJ de Murcia de 30 de junio de 2017 (ROJ 1208/2017), Ponente: Indalecio Cassinello Gómez Pardo. La Sala 1ª del tribunal conoció de una demanda interpuesta por la persona que había sido

casos como el descrito es que la utilización procedimental del desistimiento o la renuncia se convierten en un incidente más de la secuencia de trámites que no será tan automático, y menos cuando existan terceros interesados que ejerzan de contrapeso de las actuaciones procedimentales del reclamante¹¹⁸⁰. En este último de los casos, el órgano instructor deberá realizar una valoración de las razones del solicitante que pretende abandonar el procedimiento y confrontarlas, mediante el pertinente juicio de valor, con las razones esgrimidas por los demás interesados¹¹⁸¹.

En tercer lugar y a modo de cierre, considero que también cabe destacar el papel de aquellos terceros no personados en el procedimiento pero que pueden salir perjudicados con el desistimiento o la renuncia de los interesados promotores de la responsabilidad patrimonial. La diferencia con supuesto inmediatamente anterior radica en la formalización de la condición de interesado. Mientras aquellos se encuentran personados y tienen garantizados todos los derechos previstos en el art. 53 de la LPAC, estos no existen en el marco procedimental y, por tanto, corren el riesgo de que se adopten decisiones que puedan afectar a su esfera vital sin que se les haya tenido en

interesada promotora (reclamante) en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que tramitaba el Servicio Murciano de Salud. En la vía administrativa, la reclamante había solicitado el desistimiento, frente al que se opuso la aseguradora de la Administración, con base en el art. 91 de la LRJPAC (el actual art. 94 LPAC). Y fue ante esta oposición, estimada por acto administrativo, que se alzó la interesada interponiendo el recurso contencioso-administrativo para evitar la continuación del procedimiento. En síntesis, su posicionamiento consistía –entre otras cosas que no vienen al caso– en la defensa del desistimiento como *una especie de derecho absoluto del interesado promotor*, con lo cual, ante su ejercicio no era procedente la continuación del expediente. Sin embargo, el Tribunal acabó resolviendo de la siguiente manera: “[y] consta en el expediente la oposición de Berkley (la aseguradora), en su condición de interesada comparecida en el mismo, a que se procediera a su archivo ya que lo que se pretendía con el mismo era privar a la Administración de su derecho a la autotutela de sus intereses, acudiendo al ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, una vez conocida la prueba practicada en el mismo y en concreto el contenido del informe pericial de PROMEDE aportado por la aseguradora y el informe de la Inspección Médica que concluían de forma categórica que el seguimiento del embarazo fue conforme a la *lex artis*, por lo que a la vista de estos era de esperar que la resolución del SMS sobre el fondo del asunto fuera contraria a los intereses de los reclamantes, por lo que la Administración decidió definitivamente la continuación del expediente al concurrir las causas previstas en el artículo 91, apartados 2 y 3 de la Ley 30/92 antes vistos, resultando por tanto ajustada a derecho la Orden recurrida (...)”.

¹¹⁸⁰ Y, una vez más, este contrapeso deberá canalizarse por la vía de las alegaciones por el plazo de diez días que prevé el propio art. 94.4 de la LPAC, cuya omisión incurrirá en causa de anulabilidad de la resolución por la que declara el desistimiento o la renuncia (art. 48.2 LPAC). Véase, en este sentido, la STSJ de Murcia de 12 de marzo de 2014 (ROJ 518/2014), Ponente: Abel Ángel Sáez Doménech, que confirma una retroacción de actuaciones resuelta por la Confederación Hidrográfica del Segura por no haber dado traslado al tercero interesado para alegaciones ante el desistimiento de los demás, asunto que el propio tribunal cualifica como “error de derecho”.

¹¹⁸¹ Tengo para mí que estas razones pueden no ser únicamente de carácter personal, es decir, razones sobre la afectación del desistimiento o la renuncia en la esfera de intereses o derechos de tercero que se opone, sino que este además podría alegar cualquier otra causa de las previstas en el art. 94 de la LPAC. A saber, también las del punto 5 del artículo 94 LPAC, relativas al posible interés general o la necesidad de sustanciar el procedimiento para su definición y esclarecimiento; e incluso, las del punto 1; alegando alguna prohibición establecida por el ordenamiento jurídico. Es precisamente lo que sucede en la STSJ de Murcia de 30 de junio de 2017, donde el tribunal no aprecia solamente los intereses directos que pudiera tener la aseguradora, sino que, de pasada, hace también referencia a las causas previstas en el (actual) art. 94.5 de la LPAC.

cuenta. Ya he adelantado que este límite al desistimiento o la renuncia podría llegar a reconducirse a través de entenderlo como una *prohibición establecida por el ordenamiento jurídico* (del art. 94.1 de la LPAC). Y esta previsión habría que conectarla a su vez con el art. 6.2 del CC, al menos, en lo que respecta a la renuncia al derecho. Más en concreto, este precepto establece que la renuncia a los derechos sólo será válida “cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Descartados el interés o el orden público, tiene especial interés el juego del *libre albedrío* de los interesados en tanto en cuanto puedan existir terceros (no personados), que estén interesados en que la víctima salga indemnizada del procedimiento. Así, estoy pensando en *terceros* como podrían ser los acreedores de la víctima o, por qué no, su familia nuclear (*p. ej.*, cuando existan menores de edad que dependan económicamente de la víctima y tengan reconocida una pensión de alimentos). En este caso, aplicando lo dispuesto en el art. 8 LPAC en relación con el art. 94.1 LPAC y el art. 6.2 CC, no estaría fuera de orden que, si la citada situación se pudiera deducir de la documentación hallada en el expediente, el órgano instructor pudiera velar por los derechos de estos terceros, haciendo propia la doctrina civilista conforme a la cual no se puede renunciar a los derechos en perjuicio de terceros (*p. ej.*, acreedores)¹¹⁸². Incluso podrían los acreedores acudir a la vía de la legitimación subrogatoria prevista en el art. 1111 CC y estando habilitados incluso a impugnar el acto por el que se declara la renuncia, pero teniendo en cuenta que no podrán subrogarse (o estar legitimados para impugnar) en el daño sobre cualquier tipo de derecho¹¹⁸³.

B. El desistimiento tácito de los interesados: entre el desistimiento y la caducidad

La LPAC, siguiendo la inercia de sus predecesoras, mantiene en el art. 68.1 el llamado *desistimiento tácito o presunto*. Dicho precepto establece que, ante la omisión del requerimiento de subsanación de la solicitud de iniciación por parte del interesado, a este “se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21”. Dicha regla se repite con respecto al cumplimiento de trámites previsto en el art. 73.2 de la LPAC¹¹⁸⁴. Pero es conveniente dividir el análisis de ambas pretensiones.

Respecto del desistimiento tácito por falta de subsanación de la solicitud inicial (art. 68.1 LPAC), cabe señalar que se trata de un desistimiento de configuración legal y de carácter no automático. Así, es importante tener en cuenta que es el propio precepto el que prevé que si el interesado no subsana la reclamación “se le tendrá por desistido de su petición”. Y su carácter no automático se infiere precisamente de la lectura del

¹¹⁸² Un supuesto redundante en materia de repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores. Véase, a modo ejemplificativo, la SAP de Madrid de 20 de abril de 2010 (ROJ 7171/2010), Ponente: Rosa María Carrasco López, que anuló una partición y adjudicación hereditaria porque entendió probado “que la renuncia fue realizada en perjuicio del acreedor”.

¹¹⁸³ Recuérdese que difícilmente se podrá defender esta posición en los daños de carácter personalísimo (como son los corporales), ya que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia parecen rechazarlo. Sobre este supuesto diserté con holgura en el capítulo relativo a los interesados en el procedimiento, al que me remito.

¹¹⁸⁴ En concreto, establece que a los interesados que no cumplimenten los trámites requeridos por la Administración, “se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente”.

art. 68.1 por cuanto establece la necesidad de que se dicte una resolución por la que declare el desistimiento de conformidad con el art. 21.1 LPAC¹¹⁸⁵. Pero decía que es relevante la caracterización expresa hecha por la ley conforme es un desistimiento porque se trata de un supuesto tradicionalmente muy criticado por la doctrina. En realidad, tanto esta previsión como la del art. 73 LPAC se erigen como supuestos de perención (caducidad) del procedimiento¹¹⁸⁶. Sin embargo, la rotundidad legal nos obliga, en cuanto a falta de subsanación de la solicitud del art. 68.1, a tenerla por un desistimiento pleno (equiparable al del art. 94 LPAC)¹¹⁸⁷.

Debates teóricos al margen, este desistimiento tácito no debe confundirse con la falta de aportación o acreditación de documentos o datos que, en realidad, sirven para fundamentar el derecho material que se discute en el procedimiento. Lo anterior implica que la Administración, si observa una posible carencia de los elementos de fondo, no podrá utilizar la vía de la subsanación –cuyo incumplimiento es causa de desistimiento–, sino que deberá, en su caso, tramitar el procedimiento y dictar una resolución material desestimatoria¹¹⁸⁸. Dicho de otro modo, cabrá observar qué tipo de deficiencia presenta la solicitud: formal o material. Con lo que el desistimiento tan solo podrá actuar en el primero de los supuestos¹¹⁸⁹. Llevada esta postura al campo del procedimiento de responsabilidad patrimonial, la Administración no podrá declarar el desistimiento tácito del interesado por no cumplimentar este un hipotético requerimiento de elementos

¹¹⁸⁵ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, pág. 124. La autora señala que en este caso no hay obligación material de resolver el asunto, pero sí de dictar resolución (que debe declarar el desistimiento).

¹¹⁸⁶ En este sentido, véase FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, págs. 848 a 851; FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La terminación del procedimiento administrativo”, *op. cit.*, págs. 1732 a 1737; o JOSÉ ANTONIO CARRILLO MORENTE y FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, “Terminación del procedimiento administrativo común”, *op. cit.*, págs. 1442 y ss.

¹¹⁸⁷ Cuestión que el propio FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 850, reconoció de la siguiente forma: “[q]ue estamos ante un caso especial de desistimiento, y no de perención como se venía entendiendo hasta ahora, parece que hay que aceptarlo a la vista de la dicción literal del nuevo texto”.

¹¹⁸⁸ Véase, a mayor abundamiento, el capítulo relativo a la iniciación del procedimiento, epígrafe relativo a la subsanación como mecanismo de verificación de lo estrictamente formal.

¹¹⁸⁹ Así se ha encargado de configurarlo una línea jurisprudencial del TSJ de Extremadura que despunta por su didáctica explicación. Por todas, las sentencias de 10 de abril de 2018 (ROJ 484/2018) o del mismo día (ROJ 480/2018), Ponente: Daniel Ruiz Ballesteros. Es conveniente destacar, con cita de resoluciones anteriores, lo siguiente: “[t]eniendo en cuenta lo expuesto en el anterior fundamento, deberá concluirse que ni en el caso presente nos encontramos con un auténtico desistimiento, tan siquiera tácito, ni el requerimiento de subsanación de deficiencias apreciado afecta a la mera cuestión formal, sino que incide en el ámbito material o del derecho reclamado, haciendo abstracción del procedimiento considerado en sí mismo. En efecto, pretender que la recurrente en cuanto que solicitante de la autorización del parque eólico, modifique su ubicación por estar proyectado en una zona de exclusión, no afecta al procedimiento sino al derecho de obtener la autorización, en suma, que la instancia y los documentos que deben acompañarse no incurrir en omisión alguna procedimental porque si la ubicación del parque resulta improcedente por situarse en una zona excluida, lo procedente no habría sido declarar a la solicitante desistida de su solicitud, como resolución que afecta al procedimiento sino denegar la autorización solicitada por no resultar procedente conforme a la normativa aplicable, como decisión de fondo o material”.

probatorios (*p. ej.*, la acreditación del daño)¹¹⁹⁰. De hacerlo, la Administración no solo le privará del derecho material (el no reconocimiento de una presunta responsabilidad patrimonial), sino que también le privará del derecho al procedimiento, tal y como está previsto en la ley¹¹⁹¹.

Pasemos ahora al art. 73.3 de la LPAC. Se contempla allí el decaimiento del interesado del trámite correspondiente por no cumplimentarlo previo requerimiento de la Administración. Si nos fijamos, la principal diferencia (y no baladí) entre esta situación y el art. 68.1 LPAC, es que este último utiliza de manera expresa la palabra “desistido” (lo que nos obliga a tenerlo como tal), mientras que el primero no lo hace expresamente, hecho que puede generar la duda razonable. De esta manera, algunas de las voces más autorizadas en la materia, como son GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, defienden con férrea convicción la naturaleza jurídica de caducidad procedimental (conforme el actual art. 95 LPAC) de la inacción de los interesados ante el requerimiento de cumplimentación de trámites por parte de la Administración (art. 73.2 LPAC)¹¹⁹². El razonamiento encuentra más encaje, de conformidad con esta visión, en la causa de

¹¹⁹⁰ Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya de 14 de julio de 2011, núm. 169/2011, Ponente: Josep-Enric Rebés Solé. En el marco de un procedimiento de responsabilidad sanitaria, el órgano instructor solicitó a la interesada varia documentación que, canalizada por la vía de la subsanación de solicitudes, tenía una marcada vocación probatoria: certificado de defunción de la víctima; acreditación de la relación de filiación entre la reclamante y la víctima; y, por último, los poderes otorgados en favor de un tercero para que actúe en nombre y representación de la reclamante. Me interesa destacar la solución proporcionada por el órgano consultivo en relación con el primero de los documentos citados, ya que el razonamiento se repite, a grandes rasgos, también sobre los siguientes. Así, respecto del certificado de defunción destacó, con buen criterio, que la falta de prueba del daño no puede ser un argumento, al menos, autónomamente, para que la Administración instructora se pueda posicionar en favor de considerar la parte reclamante como desistida, ante la falta de subsanación de su acreditación, “ya que se trata de un aspecto material, no formal, a considerar una vez tramitado el procedimiento administrativo correspondiente. De hecho, se observa que el párrafo segundo del artículo 6.1 del RPRP requiere que la solicitud especifique la lesión producida, no que acredite el daño causado, como parece que se le requirió en el presente caso”.

Con el objeto de sostener esta postura, el referido Dictamen cita la STSJ de Catalunya de 3 de febrero de 2006 (ROJ 2632/2006), Ponente: María Abelleira Rodríguez. En concreto, en esta sentencia se dispone que “(...) la Administración debe requerir mejora, aportación o subsanación de aquellos requisitos, documentos o informaciones que integran la petición inicial en cuanto que la misma permita la comprensión tanto del objeto de pedir como de quien lo pide y su relación con el objeto, dejando para el fondo del asunto, lo que constituye el objeto y derecho material del mismo. La actora, con su solicitud inicial aporta suficiente documentación referida al derecho que reclama en cuanto que aparentemente permite a la Administración iniciar el procedimiento de responsabilidad y dar la tramitación que corresponda. Aquello que está requiriendo al solicitante en su día pertenece al ámbito del derecho material pretendido por el actor y objeto de análisis en el expediente de responsabilidad. Pretender que ello se aporte inicialmente con la solicitud del actor, si bien es cierto que puede determinar en mayor medida la lesión y la relación con el servicio, en cuanto que requisitos determinantes de la responsabilidad, en ningún caso puede impedir la tramitación de un expediente por cuanto será en un momento posterior donde se puede probar tal hecho o valorar otra documentación que pueda también permitir determinar el derecho mantenido o en su caso negarlo”.

¹¹⁹¹ *Ídem*.

¹¹⁹² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 2020 en relación con las págs. 2320 y ss.

caducidad procedimental prevista en el art. 95.1 LPAC, relativa a la paralización del procedimiento imputable al interesado.

Si bien es cierto que la inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites cuadra más bien con un supuesto de caducidad, no es así como lo configura el legislador. Más en concreto, el art. 95.2 LPAC, siguiendo la inercia de la anterior LRJPAC, establece que la falta de cumplimentación de trámites por parte del interesado “no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite”. Dicho de otro modo, no se puede comprender que exista una caducidad del procedimiento en sentido estricto, es decir en su totalidad como conjunto de trámites, sino que estaríamos hablando de la perención del trámite concreto (interpretando el art. 73.3 de conformidad con el art. 95.2 LPAC), y, por tanto, que tampoco puede entenderse como desistimiento procedimental del art. 94 LPAC¹¹⁹³.

VI. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Hace más de medio siglo, GONZÁLEZ NAVARRO proporcionaba una definición de la caducidad del procedimiento administrativo que, en líneas generales, sigue siendo válida hoy en día con la configuración del art. 95.1 LPAC. En concreto, el autor señaló que podría definirse como una “forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar a virtud de la declaración de la Administración cuando, paralizado el mismo por causa imputable al interesado, éste no remueve el obstáculo en el plazo que la Ley señala, a pesar de haber sido requerido para ello por la Administración”¹¹⁹⁴. Tradicionalmente, esta –la caducidad que se produce por causas imputables al interesado– fue la única causa de caducidad que, en sentido estricto, se aceptaba por parte de nuestro sistema jurídico. No fue hasta los años 1976 y 1983 que se introdujo, vía reglamentaria, la caducidad por causas imputables a la Administración sobre determinados aspectos relativos a la potestad sancionadora, y tras muchos años de reclamo por parte de importantes voces doctrinales¹¹⁹⁵. En la actualidad, la existencia de esta última forma de la caducidad procedimental se encuentra fuera de la órbita de cualquier tipo de debate. El art. 25 de la LPAC recoge los efectos de la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, separándolos según se trate de procedimientos susceptibles de provocar efectos favorables o desfavorables a los

¹¹⁹³ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, pág. 124.

¹¹⁹⁴ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, *RAP*, núm. 45, 1954, pág. 194. A simple vista se puede observar que la regulación que actualmente proporciona el art. 95 LPAC no dista un ápice, y por ello, considero necesaria la transcripción de su punto primero: “[e]n los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándolo al interesado (...)”.

¹¹⁹⁵ Evolución normativa que es explicada por Fernando LÓPEZ RAMÓN, “La caducidad del procedimiento de oficio”, *RAP*, núm. 194, mayo-agosto, 2014, págs. 15 a 19, refiriéndose a los profesores Francisco González Navarro y Jesús González Pérez.

interesados. Es en este último supuesto que “se producirá la caducidad”, y que tendrá “los efectos previstos en el artículo 95” [art. 25.1 b) LPAC]; mientras que en el primero de ellos operará la regla del silencio administrativo [art. 25.1 a) LPAC].

A renglón de lo anterior, no me voy a detener en la caducidad por causas imputables a la Administración, ya que su inacción en el procedimiento de responsabilidad se entenderá como una desestimación presunta de la reclamación, de conformidad con el art. 91.3 LPAC¹¹⁹⁶. Así, en sede de caducidad por causas imputables al interesado, conviene destacar que el art. 95 LPAC establece, además, una subdivisión de categorías de esta forma de terminación, a saber: a) la caducidad del procedimiento; b) y la caducidad de trámites individuales. Sobre este último me he pronunciado en el epígrafe anterior, por lo que ahora interesa centrarse en el supuesto de la caducidad procedimental *strictu sensu*.

2. LA INCIDENCIA DE LA CADUCIDAD POR CAUSAS IMPUTABLES AL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Mediante la lectura del primer punto del art. 95 de la LPAC se puede deducir que un procedimiento incoado a instancia de parte es objeto de perención (caducidad) por su paralización cuando la culpa sea atribuible al reclamante¹¹⁹⁷. Se trata de una regulación calcada a su antecesora, lo que le ha convertido en la diana de algún sector doctrinal a causa de la carencia de integración de las lagunas conceptuales inherentes a dicha regulación¹¹⁹⁸. Acotaciones hermenéuticas aparte, es preciso esbozar su configuración legal. Entiendo que no se requiere mayor profundización, por cuanto es menor la incidencia *especial* que tiene la perención en el procedimiento de responsabilidad patrimonial más allá de los lapsos *comunes*, pero que no son objeto de estudio en detalle en este trabajo. De este modo, el art. 95.1 requiere de tres presupuestos para que se ponga en marcha la maquinaria de la caducidad: a) que se paralice el procedimiento a causa del interesado; b) que exista requerimiento de la Administración sobre tal aspecto; y c) que se declare formalmente la caducidad después

¹¹⁹⁶ Véase, a título ejemplificativo, la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2018 (ROJ 11381/2018), Ponente: María del Camino Vázquez Castellanos, que ante la alegación de la parte actora conforme había caducado el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por reclamación, señaló “(...) que no puede concluirse que se haya producido la caducidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial al no estar establecido este efecto por el transcurso del plazo máximo de resolución”. En idéntico sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2016 (ROJ 2842/2016), Ponente: Mariano Montero Fernández.

¹¹⁹⁷ Como a lo largo del presente trabajo, me refiero al “reclamante” como aquel interesado promotor (que solicita) en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

¹¹⁹⁸ Destaca la crítica integral que realiza María Jesús GALLARDO CASTILLO, “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, págs. 35 a 39. La autora tilda a la “nueva regulación” de “especialmente desafortunada” porque a pesar de la profusa jurisprudencia reparadora de las lagunas legislativas, no hubo prácticamente cambio. En concreto, la autora dispone lo siguiente: “Y en este sentido, deja incólume desde su propia denominación, que no deja de ser equívoca por lo que luego se dirá [*en referencia a la perención*], hasta la regulación desagregada de los supuestos en los que procede, que, según se trate de procedimientos iniciados de oficio o a instancia de interesado, se regulan en preceptos distintos y distantes (arts. 25.1 b y 95, respectivamente)”. La cursiva es mía.

En similar sentido se ha pronunciado María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, “Instrucción del procedimiento. Finalización del procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 348.

de haberse desatendido dicho requerimiento¹¹⁹⁹. De esta manera, resulta pertinente analizar la incidencia en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de estos aspectos, si bien se destaca con mayor especificidad en el primero de los supuestos, dado que la causa de paralización del procedimiento es más fácilmente vinculable con la especialidad procedimental, en tanto en cuanto se conjura como la causa de fondo que inspira la necesidad del requerimiento.

Así, respecto del primero de los presupuestos, existen dos premisas importantes. De un lado, el hecho de que se hable de *paralización del procedimiento* conlleva que no sea procedente referencia alguna a la paralización del expediente, ya que este solo es el reflejo material electrónico (lo que antes era el papel) del procedimiento, es decir, que en el expediente se sitúan los documentos que evidencian los actos de trámite que, en su conjunto, son el procedimiento¹²⁰⁰. Y, de otro lado, resulta conveniente determinar qué se entiende por *causa imputable* al interesado a efectos de provocar la inmovilización del procedimiento. En este sentido, conviene aclarar que no cualquier mecanismo dilatorio o cualquier inactividad del interesado es válida para producir este efecto (art. 95.2 LPAC), sino que solo lo serán aquellas *paralizaciones cualificadas*, entendiéndose por tales, aquellas paralizaciones que impidan la continuación del procedimiento por vetar el análisis del fondo del asunto¹²⁰¹. La cualificación de la paralización es, precisamente, el elemento clave a la hora de diferenciar una causa de

¹¹⁹⁹ La estructuración de los presupuestos se realiza siguiendo, en gran medida, a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 2320 a 2326.

¹²⁰⁰ A esta situación, en referencia al papel, aludían Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 2320. Sin embargo, incluso a estas alturas se pueden encontrar resoluciones judiciales que manifiestan aclaraciones respecto la diferenciada naturaleza del procedimiento y el expediente. Así, por ejemplo, la STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2019 (ROJ 151/2019), Ponente: José Ignacio López Carcamo, que, ante la alegación de la parte demandante respecto de la supuesta caducidad del expediente, inició su exposición jurídica aclarando que “[b]ueno es precisar que lo que caduca no es el expediente sino el procedimiento (el expediente solo es la expresión documental de lo actuado en el procedimiento)”.

¹²⁰¹ En este sentido lo defienden Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 2320 y 2321, con cita de la STS de 21 de enero de 1991 (ROJ 10166/1991), Ponente: José María Reyes Monterreal, que dedujo el siguiente razonamiento: “[c]onviene recordar que este Alto Tribunal declaró en su sentencia de 2 de julio de 1987 que el meollo de la caducidad de que en estos casos se trata ‘ha de hallarse en la conexión entre la inactividad culpable del interesado y la detención del curso de las actuaciones’, porque ‘si ésta es obra de otra causa, aquélla no puede producirse’, a cuyo respecto conviene advertir también, con la de 18 de noviembre de 1986, que la Administración ‘no puede utilizar el mecanismo de la perención o caducidad para atribuir consecuencias extintivas del procedimiento a cualquier inactividad del particular, sino solo aquellas que realmente impidan entrar en el fondo del asunto’”. Véase también la nota siguiente.

En idéntico sentido lo recuerda la doctrina más moderna, véase, por todos César CIERCO SEIRA, “La tramitación del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción y finalización”, *op. cit.*, pág. 298, que destaca que “[n]o basta con que éste (el interesado) deje de cursar un trámite si resulta que dicho trámite no es indispensable para dictar resolución; debe diferenciarse en este sentido la pérdida o el decaer puntual del derecho a un trámite de la caducidad general del procedimiento (arts. 73 y 95.2)”.

caducidad del procedimiento (art. 95.1 LPAC) del supuesto de decaimiento del trámite del art. 95.2 o 73.3 de la LPAC; siendo este último la regla general¹²⁰².

En el marco del procedimiento de responsabilidad, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, *sería una causa cualificada de paralización del procedimiento la no aportación por parte del interesado (reclamante) de la documentación que sirva para escrutar el cumplimiento o no de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial*¹²⁰³. En este sentido, estoy diciendo que no se trata de la falta de acreditación (prueba) de los presupuestos, ya que, por lo general, sería una causa de desestimación de la reclamación; sino que, ante la duda razonable del órgano instructor, el interesado no proporciona la información necesaria que lleva a acreditar o desacreditar la situación, con independencia del resultado final. La idea es que se estaría impidiendo la *función instructora* del procedimiento, porque la conducta del interesado evitaría la averiguación de la verdad. De esta manera, por poner algún ejemplo, la doctrina consultiva ha detectado como causas de paralización cualificada del procedimiento la no aportación, previo requerimiento, de los documentos acreditativos de la titularidad de unas explotaciones agrarias que se habían visto perjudicadas con motivo de una huelga del sector de transporte terrestre (falta de acreditación de la titularidad del objeto del daño)¹²⁰⁴. Otro supuesto sería la falta de aportación de un auto de archivo de un juzgado civil que derivaba de una demanda que los reclamantes habían interpuesto con anterioridad a la reclamación de responsabilidad patrimonial y que servía para determinar si esta última acción había prescrito. En este último caso, el Consejo Consultivo de Andalucía dictaminó en favor del archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial porque la desatención de esta cuestión por parte del interesado impedía “conocer un dato fundamental para el éxito de la acción como es el relativo a la prescripción de la acción, cuestión no baladí pues afecta directamente a la justicia material, además de tratarse de una cuestión de orden público procedimental, que debe ser apreciada de oficio”¹²⁰⁵. Con base en esa misma regla cabe tener por innecesaria la solicitud de aportación de documentación que ya se encuentre en poder

¹²⁰² Cuestión que se desprende de la propia literalidad del art. 95.2, pero que ha sido subrayado, correctamente, por algún autor. Véase, en este sentido, María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, pág. 109, que destaca que “la pérdida del derecho al trámite específico debe ser la regla general, y, la declaración de caducidad y consecuente pérdida del derecho a la tramitación del procedimiento, la excepción”.

¹²⁰³ Dictamen del Consejo de Estado de 26 de mayo de 2011, núm. 734/2011, que informaba en el marco de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En concreto, sostuvo lo siguiente, en parecidos términos a la sentencia que se cita en la nota anterior: “[l]a paralización del procedimiento no se produce por la simple inactividad del interesado, según previene el artículo 96.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En tal sentido, la paralización no se da por el hecho de que el interesado no presente o aporte cualquier documento que le sea requerido por la Administración. Es preciso que lo pedido sea imprescindible para continuar con el procedimiento. Esto se produce –entre otros casos– cuando la Administración solicita del interesado lo necesario para que justifique los presupuestos de su pretensión e indique cuál es la causa de pedir, el título jurídico en que funda su solicitud”. Véase también los Dictámenes del Consejo de Estado de 1 de julio de 2010, núm. 988/2010 o de 16 de junio de 2011, núm. 732/2011, entre otros.

¹²⁰⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 26 de mayo de 2011, *op. cit.*

¹²⁰⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 23 de noviembre de 2016, núm. 751/2016, Ponente: Rafael Escuredo Rodríguez.

del solicitante, o, por extensión del art. 28 de la LPAC, en poder de cualquier otra Administración¹²⁰⁶.

En segundo lugar, se encuentra la exigencia de que el órgano instructor requiera formalmente al interesado para que realice las actuaciones necesarias para reanudar la tramitación, ya que no existe automaticidad en la producción de la caducidad¹²⁰⁷. Dicho requerimiento deberá contener la advertencia de que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento (art. 95.1 LPAC). Debe destacarse que dicha advertencia (requerimiento) se produzca una vez paralizado el procedimiento por causa imputable al interesado, por lo que no es aceptable un requerimiento con carácter anticipado o preventivo¹²⁰⁸. Los requisitos formales del mismo exigen que se curse tan pronto se produzca paralización del procedimiento y que contenga un mandato dirigido al interesado conminándole a realizar la actividad que bloquea la tramitación¹²⁰⁹.

En tercer y último lugar, una omisión de la cumplimentación del trámite requerido por la Administración deberá provocar la declaración formal de la caducidad, o, tal y como la LPAC la denomina, “se deberá acordar el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado” (art. 95.1). El hecho de que esta actuación administrativa (declaración de caducidad) afecte directamente a los derechos e intereses de los afectados provoca que la ley tome una posición garantista ante terminaciones procedimentales de este tipo, y más cuando una caducidad, si bien no prejuzga directamente el plazo de prescripción (art. 95.3), puede imposibilitar una ulterior repetición de la acción del interesado teniendo en cuenta el corto plazo de prescripción de un año que prevé el art. 67.1 de la LPAC. Al respecto hay que decir que el TS ha exigido, desde antaño, la existencia de esta formalidad, como requisito *sine qua non* para la existencia de perención procedimental¹²¹⁰. Llevada esta cuestión a la práctica, significa que –en los procedimientos que no provocan efectos desfavorables para los administrados–, aun de haberse superado el plazo de tres meses para realizar la

¹²⁰⁶ En este sentido es interesante destacar el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 23 de febrero de 2017, núm. 111/2017, Ponente: Francisco José Gutiérrez Rodríguez. En el mismo se informa sobre un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el órgano instructor solicita un documento al interesado, un auto judicial, en cuyo proceso su Administración fue parte, lo que lleva al Consejo a señalar que dicho requerimiento “carece de sentido”.

¹²⁰⁷ Así, por todos, Vicenç AGUADO CUDOLÀ, “La inactividad de la administración”, en la obra colectiva dirigida por Eduardo GAMERO CASADO y coordinada por Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS, *Tratado de procedimiento administrativo común...*, op. cit., págs. 1245 y ss.

¹²⁰⁸ Así lo explican Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de derecho administrativo*, op. cit., pág. 498, con base en la STS de 4 de febrero de 2002 (ROJ 641/2002), Ponente: Segundo Menéndez Pérez.

¹²⁰⁹ Así lo dispone José Antonio TARDÍO PATO, “Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo”, *REALA*, núm. 298, 2005, pág. 21, a partir del sentido decisorio de varias resoluciones judiciales.

¹²¹⁰ Véase, por todas, la STS de 24 de abril de 2000 (ROJ 3436/2000), Ponente: Francisco González Navarro, que recordó a la parte demandante esta necesidad de declaración formal de la perención del procedimiento administrativo para su efectiva terminación por esta vía, siendo además obligatoria la notificación de tal resolución a efectos de salvaguardar los derechos e intereses de los administrados, cuestión que, en palabras del Tribunal, es “doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo, por lo menos, desde una ya vieja sentencia de la antigua Sala 5ª (una de las tres de lo contencioso-administrativo, que existían entonces) de 1 de junio de 1965”.

actividad necesaria requerida, la caducidad no se producirá automáticamente y el procedimiento seguirá vivo¹²¹¹. De este modo, el interesado vería incrementadas las posibilidades de reaccionar ante una eventual tardanza de la Administración en cerrar el procedimiento, porque el plazo para la presentación de lo requerido no precluiría hasta la notificación de la declaración formal. Finalmente, y aunque parezca una obviedad por tratarse de un acto que impide la continuación del procedimiento, el art. 95.1 de la LPAC se encarga de recordar que, contra la resolución de *archivo de las actuaciones* declaratoria de la caducidad, procederán los recursos pertinentes.

3. LA CADUCIDAD, LA PRESCRIPCIÓN Y SU INCIDENCIA EN UN EVENTUAL SEGUNDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Como en muchos otros aspectos, la regulación de la LPAC es heredera de su antecesora respecto a la incidencia que la declaración de caducidad del procedimiento puede tener sobre el plazo de prescripción de las acciones. En este sentido, el art. 95.3 dispone que la caducidad no producirá la prescripción de las acciones del particular o de la Administración. Pero se refiere a que no la “producirá por sí sola”. Esta expresión debe interpretarse en línea con lo que prosigue el propio apartado, al establecer que “los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”. Desde otro punto de vista, la ley nos está diciendo que la caducidad no es sinónimo de prescripción. Pero puede pasar que, la desidia del interesado que lleva a caducar un procedimiento podría conllevar la prescripción de las acciones, porque un procedimiento caducado formalmente es como un procedimiento que no hubiera existido. Sin embargo, la ficción jurídica de la inexistencia de dicha tramitación no se corresponde con la realidad, una realidad en la que ya habrá transcurrido un tiempo de tramitación real del procedimiento, por mucho que posteriormente sea inexistente a los ojos de la ley. Y es precisamente este tiempo transcurrido el que podría hacer sobrepasar también el plazo de prescripción, ya que la omisión de procedimiento (por perención) implicará la no interrupción del plazo de prescripción y, por tanto, no se retomará este desde el inicio¹²¹². Así bien, según he apuntado otras veces, la fugacidad del plazo de prescripción

¹²¹¹ Esta es la gran diferencia con la caducidad de los procedimientos en la que la Administración ejerce potestades susceptibles de producir efectos desfavorables al ciudadano. Tal y como explica Vicenç AGUADO CUDOLÀ, “La inactividad de la administración”, *loc. cit.*, si bien la posición jurisprudencial inicial venía aplicando para esta última forma de caducidad los requerimientos formales de la caducidad por causas imputables al interesado, porque “no se podía hacer de peor condición a la Administración que al administrado”; en la actualidad, la solución mayoritaria dispone que aquella caducidad “se produce de forma automática por el transcurso de plazo sin que sea necesario ningún requerimiento previo”.

¹²¹² De este modo ha tenido la ocasión de recordarlo también el TS, en su sentencia de 10 de enero de 2017 (ROJ 4/2017), Ponente: Pedro José Yagüe Gil. Y no solo lo ha apuntado sobre el mismo procedimiento caducado, sino también con ocasión de los posibles recursos contra la propia declaración de caducidad, algo que pone en cuestión si también se integran los recursos en vía contencioso-administrativa, cuya respuesta, apriorísticamente, parece ser afirmativa dada la amplitud de la terminología utilizada por el alto tribunal: “la reclamación o recursos para lograr la declaración de caducidad no son sino una prolongación del mismo procedimiento que se declara caducado, que desaparece embebida en él. El procedimiento caducado se hace inexistente y en él se incluye la reclamación o recurso que lo ha declarado tal”.

Algún sector doctrinal ha sostenido incluso que esta sentencia puede servir para matizar lo dispuesto en el art. 95.3, tal y como significa Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho*

de un año (art. 67.1 LPAC), hace que la pasividad del interesado en un procedimiento tenga un punto de temeridad por el elevado riesgo de que la acción prescriba.

Ocurre, sin embargo, que el propio art. 95.3 introduce un nuevo párrafo en beneficio de algunos de los principios marco del derecho administrativo, como es, por excelencia, el principio de economía procesal. Si se da el caso de que pueda iniciarse un segundo procedimiento por no haberse producido dicha prescripción, “podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad”. Es una introducción legal que, según parece, alguna voz doctrinal acoge con los brazos abiertos¹²¹³, pero que no es una novedad en la práctica administrativa.

Sin embargo, la doctrina tradicional ha encontrado cierta división respecto de esta postura. De ahí que los principios tradicionalmente invocados en favor de la conservación de los actos para un ulterior procedimiento se proclamaran abanderando los principios de economía procesal o de conservación de actos (existente ya este último en la derogada LRJPAC, art. 66), tal y como disponían GONZÁLEZ NAVARRO y GONZÁLEZ PÉREZ¹²¹⁴. Empero, esta perspectiva no fue compartida por todos los sectores doctrinales, perfil donde despunta SANTAMARÍA PASTOR, que, abogando por la repetición en un segundo procedimiento administrativo de todos los trámites, llegó a criticar con dureza la práctica de la conservación de actos, bajo la justificación de que los actos y actuaciones de un determinado procedimiento administrativo solo podían tener lugar de forma válida dentro del procedimiento no finalizado¹²¹⁵. Entre dichas posiciones antagónicas también se han propuesto soluciones intermedias, tal y como entiendo la postura defendida por HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, que diferenciaba entre trámites ya

administrativo, Tomo III, *op. cit.*, pág. 861. Sin embargo, considero más bien que dicha sentencia reafirma lo dispuesto en el señalado precepto, ya que el TS solo se encarga de “recordar” que los recursos o reclamaciones contra una resolución de un procedimiento son una mera extensión de este.

¹²¹³ Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común, *op. cit.*, apunta que el art. 95.3 “ha recogido una importante novedad en beneficio de las Administraciones respecto al régimen de la caducidad de los procedimientos”, en relación con la conservación de determinados actos y trámites.

¹²¹⁴ Así, véase FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español...*, *op. cit.*, pág. 876. El profesor, ya en el año 1997, con la vigencia de la LRJPAC, se postulaba a favor de hacer valer en un procedimiento posterior los actos de prueba practicados en el anterior, “en la línea de la deseable celeridad y eficacia”, sin perjuicio del principio de la conservación del acto administrativo. Una postura que se repetía, esta vez junto con Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en los *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 2328 y 2329.

¹²¹⁵ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)”, *RAP*, núm. 168, septiembre-diciembre, 2005, pág. 48, crítica cuyo marco sustancial cabe transcribir: “[l]a seriedad y rigor de los procedimientos administrativos parecen exigir, pues, la repetición de todos y cada uno de sus trámites; sin perjuicio de que, obviamente, tanto la Administración como los interesados puedan actuar y alegar por vía de remisión a lo que ya se hizo o dijo en el procedimiento anterior, incluso solicitando el desglose e incorporación al nuevo procedimiento de documentos presentados en el anterior (como es habitual en la práctica procesal). Invocar, como se hace en la práctica, los principios de economía procesal o de conservación de los actos (art. 66 LRJAP) para tener por realizados determinados trámites sustituye una invitación a la chapuza que es incompatible con la seriedad y rigor que deben revestir este tipo de procedimientos de un estilo inequívocamente vengativo (en el caso anterior, se me pasó el plazo; pero ahora vas a enterarte de lo que es correr) que debiera desterrarse por completo de nuestra cultura administrativa”.

realizados en el procedimiento caducado (como alegaciones, pruebas y audiencia), considerando a estos como no susceptibles de utilización en el ulterior procedimiento; pero admitiendo la reproducción de informes o pruebas practicadas válidamente durante aquel¹²¹⁶.

Parece que el tiempo primero, y el legislador del 2015 después, ha dado la razón al último de los autores citados, en una regulación –la del párrafo segundo del art. 95.3– que parece calcar la solución propuesta. En efecto, la regla general establecida es la que ya he avanzado: la posibilidad de incorporarse los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. Pero prosigue el párrafo con determinados trámites que, desde este punto de vista podemos considerar como cualificados, que deberán ser cumplimentados obligatoriamente, que son, ni más ni menos que el de “alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado”. La cercanía de estas actuaciones con la efectividad del *derecho a la defensa* (que se materializa en el art. 53.1 d LPAC) parece estar detrás de esta solución. Cabe cuestionarse, sin embargo, en lo referente a la necesidad de proposición de prueba, si solo se exige el acto de *proponer* (con la consiguiente reproducción de la prueba *ya practicada* en el procedimiento caducado), o si se refiere a todos los *actos probatorios* en su conjunto. En este sentido, considero que por norma general debería primar la conservación de la prueba ya practicada en caso de haberla (en atención del art. 51 LPAC) y sin perjuicio de poder proponer la práctica de nueva prueba, cuestión que el propio art. 95.3 prevé como necesaria.

¿Dónde queda en esta distinción el informe del organismo consultivo? Antes de la actual LPAC, el TS había llegado a sostener en alguna resolución que el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* de un procedimiento caducado no podía ser reutilizado en un segundo procedimiento¹²¹⁷. El razonamiento proporcionado por el tribunal se reparte en tres ideas troncales: a) dicho informe es un acto emitido *ad hoc* en aquel procedimiento, que está caducado y archivado, y solo puede provocar efectos en aquel (una idea muy parecida a la defendida por SANTAMARÍA PASTOR¹²¹⁸); b) dicho órgano consultivo no se encuentra insertado en la estructura de la Administración tramitadora del procedimiento y, consecuentemente, esta no puede presuponer que aquel informe fuera idéntico a un eventual segundo informe; y c) que la Administración introdujo elementos novedosos, cosa que hacía “imposible una reproducción acrítica del mismo”.

No hay que confundir la parte con el todo. *Ab initio*, parece que el TS no configura estas ideas de forma acumulativa, valiéndole cualquiera de los tres argumentos para denegar la reproducción del informe consultivo en el procedimiento ulterior. El único válido para la solución a la que ha llegado, en mi opinión, es el último de ellos, ya que,

¹²¹⁶ Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La caducidad del procedimiento administrativo”, Montecorvo, Madrid, 1998.

¹²¹⁷ STS de 21 de noviembre de 2012 (ROJ 8444/2012), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. Si bien dicha sentencia se producía en un marco que no se encuadraba en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, por extensión la solución puede extrapolarse, aunque con los matices que considero oportuno aportar a continuación.

¹²¹⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Caducidad del procedimiento...”, *loc. cit.*

si se han esgrimido razonamientos nuevos o introducido elementos de juicio novedosos, es lógico que el informe emitido en el marco del procedimiento anterior no sirva para un segundo procedimiento sustancialmente diferenciado. Y quiero incidir en esta última apreciación porque, recordemos, la causa de paralización de los procedimientos (de responsabilidad patrimonial) debe ser *cualificada*, con lo que debemos entender que además de que el elemento de juicio sea novedoso, también ha de ser sustancial a la hora de la correcta formación de la voluntad del órgano administrativo. En este caso la repetición de la solicitud del informe consultivo sería necesaria. Hasta aquí todo correcto.

Pero lo anterior no implica que *determinados elementos probatorios* ya practicados (y que no son parte de ese nuevo requerimiento que produjo la caducidad) se deban reiterar ya que por economía procesal y celeridad (art. 71 LPAC), junto con el principio de conservación de actuaciones (art. 51 LPAC), no resultaría necesario. Y esto lo prevé expresamente el art. 95.3, párrafo segundo, que cuando se refiere a la incorporación de actuaciones (actos y trámites) del procedimiento caducado al nuevo, matiza que deben ser actuaciones “cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad”. Especialmente relevante es esta coletilla, que por lo demás, no deja de ser razonable. En el caso del dictamen consultivo de un procedimiento en el que se introducen elementos nuevos está claro que el contenido no se hubiera mantenido igual (ya que el signo del dictamen puede variar en función de lo aportado); mientras que la prueba ya practicada difícilmente podría variar, con lo que estas deberían poder reutilizarse.

4. LAS EXCEPCIONES A LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD

El art. 95.4 de la LPAC dispone que no podrá ser aplicable la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento. De esta manera, sigue el mismo esquema que las limitaciones a la aceptación del desistimiento o la renuncia de los interesados del art. 94.5 de la ley y, consecuentemente, me remitiré a lo estipulado en el análisis de estas figuras, ya que sendas causas de limitación son idénticas en el fondo.

VII. EL SILENCIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RESPONSABLE DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Cuando hablamos de la gestión del tiempo de un procedimiento administrativo, lo primero que se nos pasa por la cabeza es el plazo de duración de este y que solemos representar como un plazo fijo. Pero la configuración de la ley procedimental, tal y como he tenido la ocasión de apuntar a lo largo del trabajo, es de tal complejidad que no se debe minimizar la vida interna de un determinado procedimiento. En muchas ocasiones pueden darse alteraciones temporales, tanto hacia su aumento (*p. ej.*, la suspensión del plazo) como hacia su disminución (*p. ej.*, el procedimiento simplificado). Tal y como

decía GONZÁLEZ PÉREZ, “[l]os actos que integran el procedimiento han de realizarse en un momento determinado o en un lapso determinado”¹²¹⁹. Ese lapso, también llamado plazo, puede influir en los tiempos de la sucesión de trámites de muchas maneras.

Cualquier actuación u omisión en el tiempo del procedimiento puede producir efectos dispares. La idea central es que estos efectos siempre van a pivotar sobre *el quehacer* de un órgano que se alzaría como el eje de toda actuación en los trámites: el órgano instructor (al que, el propio art. 20 LPAC le atribuye una responsabilidad directa en tal sentido¹²²⁰). De él va a depender la coherencia de los actos que se van a suceder en el procedimiento ya que, si bien el legislador ha configurado una estructura secuencial (iniciación, instrucción y terminación) que se llevará a cabo bajo las máximas de la ordenación, a partir de allí, el cauce de la formación de la voluntad administrativa se verá modulado por el criterio del encargado de la buena marcha procedimental. Muchas son las herramientas que el legislador le proporciona para que incida, no solo en los tiempos, sino en la propia garantía de los derechos de los administrados. En este punto, merece la pena transcribir un fragmento que GONZÁLEZ NAVARRO escribió hace aproximadamente cuatro décadas y cuyas afirmaciones siguen siendo igual de válidas tras la ley del 2015:

“El legislador español de 1958 no ha regulado en el título IV de la LPA un procedimiento rígido, en el que cada trámite tiene su causa en el que le precede y es, a su vez, causa del que le sigue, todo ello a virtud del juego de la preclusión procesal, sino que se ha limitado a poner a disposición del instructor o de las partes unos instrumentos (prueba, informe, audiencia, etc.) de los que, según los casos, pueden o deben hacer uso con vistas a la decisión que en su día haya de dictarse”¹²²¹.

Pero, además, es de observar que el artículo 29 de la LPAC determina que las autoridades y personal encargados de la tramitación de los asuntos –en otras palabras, los instructores– deberán atender al cumplimiento de los términos y los plazos establecidos en las leyes. *Nihil novum sub sole*. Lo que no debe pasarse por alto es que, con esta regulación¹²²², el legislador pretende situar al órgano instructor en el centro del

¹²¹⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El cómputo de los plazos por meses o años en el procedimiento administrativo”, *REDA*, núm. 84, 1994, págs. 525 a 531.

¹²²⁰ Con el objeto de facilitar la comprensión del lector, cabe transcribir lo dispuesto en dicho precepto: “1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respecto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos; 2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública de que dependa el personal afectado”.

¹²²¹ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares...”, *op. cit.*, pág. 417.

¹²²² Todo ello en el buen entender de que el papel del órgano instructor a lo largo de la vida procedimental es muy dilatado, y no solo se desprende la centralidad de su figura a partir de los artículos

discurso procedimental. Y, entre otras cosas, su relevancia se hace notoria en la gestión del tiempo, entendiéndose como tal, a los efectos del presente trabajo, el cumplimiento de la obligación de resolver en el plazo establecido por la ley (art. 21 LPAC). Sin embargo, la importancia indirecta atribuida por el legislador a esta figura, no se corresponde con una regulación clara al efecto, hecho que ya ha sido apuntado en alguna ocasión por la doctrina, pero que conviene repetir insistiendo en la reclamación, *lege ferenda*, de una mayor minuciosidad regulatoria para una figura con un impacto altísimo en la vida administrativa¹²²³. Como bien explica REBOLLO PUIG, la separación entre el órgano encargado para instruir y el encargado para resolver nada aporta en términos de garantías procedimentales. Ya que, en la práctica cotidiana, todas las actuaciones (incluida la preparación de la resolución final) suele llevarlas a cabo el instructor, mientras que el órgano competente para resolver solo se limita a estampar su firma¹²²⁴. Se me hace difícil imaginar al alcalde, al consejero o al ministro adoptando unas medidas provisionales en cualquier procedimiento o redactando una resolución de responsabilidad patrimonial una vez estudiado todo el expediente tramitado por el instructor, por mucho que la resolución lleve su firma.

2. EL PLAZO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SUS ALTERACIONES

Vemos, pues, que reside en el órgano instructor gran parte de la responsabilidad de velar y hacer cumplir la obligación de resolver los procedimientos que sienta el art.

20 y 29, sino de todas las previsiones que la LPAC realiza sobre las funciones del mismo, y que he ido desgranando a lo largo del trabajo, aunque lo haga de forma desordenada y sin precisión.

¹²²³ Ricardo RIVERO ORTEGA, “La obligación de resolver”, en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 154, ya sostuvo que “la figura del instructor del procedimiento administrativo, como responsable primero de llevarlo hasta su finalización, debería ser subrayada, tal vez con un régimen más detallado sobre sus deberes concretos en la normativa procedimental”.

¹²²⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 496 y 497. Si bien tal crítica está formulada pensando en el marco del procedimiento sancionador, considero que es extensible a todo el procedimiento común y, por ende, también al procedimiento de responsabilidad patrimonial. El realismo impregnado en la misma hace necesaria su total transcripción: “[l]a verdad es que, en la práctica la separación entre órgano encargado de la instrucción y órgano competente para sancionar no aporta ninguna garantía real. En realidad, es difícil imaginar que pueda aportarla: sí lo hace cuando se atribuye a dos órganos judiciales, dada su independencia; pero teniendo en cuenta la relación entre los órganos de la Administración, empezando por su normal dependencia jerárquica, es una ilusión pensar que haya una auténtica separación entre ellos. Súmese a ello que con frecuencia es el mismo órgano competente para resolver el que sí que dicta el acto de iniciación en el que nombra al instructor (lo que ya niega su independencia) y en el que hace una completa acusación (lo que lo contamina y predispone). También es posible que sea quien ha dirigido las actuaciones previas, orientadas a la averiguación de los hechos, lo que no lo pone en abrigo de prejuicios. Además, con frecuencia los órganos competentes para dictar la resolución (órganos normalmente situados en la cúspide de cada organización administrativa y de carácter político) no hacen nada más que firmar una resolución que les ha preparado el instructor”. La cursiva es mía.

21 de la LPAC¹²²⁵. Entre los elementos principales del deber de resolver, se localiza la necesidad de dictar resolución expresa y notificar en un plazo determinado y así lo prevé el segundo apartado del citado precepto, que se configura *ex lege* como una garantía de los interesados¹²²⁶. Pero, además, también forma parte del deber de resolver la preceptiva tramitación del procedimiento, lo que ZAMBONINO PULITO denomina el *deber de tramitar inherente a la Administración; y que se corresponde con el derecho al trámite del interesado*¹²²⁷. Por lo general –sigue diciendo el 21.2 LPAC– el plazo (para instruir, resolver y notificar) será fijado por la “norma reguladora del correspondiente procedimiento”, y solo para el caso de falta de previsión expresa se dibujan unos plazos distintos (art. 21.3 LPAC). No hará falta acudir a este último término en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que el plazo para resolver y notificar es una especialidad procedimental. De este modo, el art. 91.3 LPAC establece los seis meses de duración máxima del procedimiento, que empieza a computar a partir de la fecha en la que la reclamación haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración o, en caso de que el procedimiento se inicie de oficio, a partir de la fecha del acuerdo de iniciación.

Este plazo, no obstante, puede sufrir alteraciones temporales cuyos efectos serán la reducción o ampliación¹²²⁸. Así, por lo general, cabe acordar la ampliación o suspensión (actuaciones jurídicamente aceptables cuando se cumplen unos

¹²²⁵ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, pág. 1154; o Marcos FERNANDO PABLO, “La inactividad de la Administración: de la fuerza de lo fáctico en el derecho y el papel de la norma de procedimiento administrativo”, en la obra colectiva dirigida por Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *La nueva ley de procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 141.

¹²²⁶ Esta garantía, ya consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, pretende salir al paso de la tradicional inactividad resolutoria de la Administración, que estaba interiorizada como una tendencia de no resolver procedimientos. Véase, a mayor abundamiento, Marcos FERNANDO PABLO, “La inactividad de la Administración...”, *op. cit.*, págs. 137 a 148.

¹²²⁷ María ZAMBONINO PULITO, *El deber de la Administración de no resolver...*, *op. cit.*, págs. 29 a 32. Se encarga de apuntar la autora que esta obligación (al trámite) que tiene la Administración se deriva del principio de impulso de oficio del procedimiento en todos sus trámites, de conformidad con el art. 71 LPAC, y, por ende, la ausencia de tramitación implicará la vulneración del deber impuesto por dicho precepto. En sentido similar, Enrique LINDE PANIAGUA, *Procedimientos, actos y recursos administrativos...*, *op. cit.*, págs. 94 a 96, refiriéndose al derecho de los interesados a que se inicie el procedimiento (iniciación que, en mi opinión, no deja de ser un acto de instrucción).

Lo anterior debe entenderse como regla general, y no en todo caso, ya que también existirán casos en los que, ya sea por la forma de iniciar el procedimiento, ya sea por la naturaleza del mismo, o simplemente por las circunstancias particulares de cada supuesto (como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo), no siempre existe una obligación de tramitar y/o resolver.

¹²²⁸ He tenido la ocasión de señalar a lo largo del presente trabajo que la tendencia del procedimiento de responsabilidad patrimonial suele ser más bien su alargamiento, por la utilización (inadecuada) de las técnicas de prórroga de los plazos. Así ha tenido ocasión de subrayarlo, *p. ej.*, el Dictamen de la CJACat de 20 de octubre de 2016, núm. 277/2016, Ponente: Antoni Vaquer Aloy. En concreto, dispone que, entre ampliaciones y suspensiones, “el órgano instructor podría alargar *ad eternum* el plazo máximo para resolver el procedimiento”. Y de este hecho precisamente se da fe en el Dictamen de la CJACat de 5 de julio de 2018, núm. 137/2018, que dispone lo siguiente: “en relación con el plazo para resolver y notificar, se deja constancia que, pese a las suspensiones acordadas –la última de las cuales con motivo de la solicitud de dictamen, y una vez el plazo ya había expirado–, se ha producido la desestimación presunta de la pretensión, porque la instrucción se ha alargado más de seis meses (la reclamación se registró el 31 de julio de 2014 y la petición de dictamen ha tenido entrada en este órgano consultivo el 6 de julio de abril de 2018; esto es, transcurridos más de tres años y medio)”.

condicionantes); puede reducirse drásticamente (el llamado procedimiento simplificado), o simplemente puede alargarse de forma intempestiva sin amparo legal alguno (que dará lugar a determinados efectos jurídicos que el legislador ha previsto como fórmulas de reacción ante la pasividad administrativa o, como hemos visto, del interesado). Para el manejo de todas estas herramientas jurídicas de control de los tiempos el instructor deberá tener un amplio conocimiento de la idiosincrasia procedimental. Veamos, de forma sintética, las principales características de cada uno de estos supuestos de alteración temporal.

A. La ampliación del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de responsabilidad

Tanto la suspensión como la ampliación jurídica del plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos (arts. 22 y 23 LPAC) suponen, a la postre, dos supuestos de ampliación de dicho plazo. De esta manera, la ampliación es la prórroga del plazo máximo de resolución; mientras que la suspensión tiene el mismo efecto práctico, pero mediante la paralización temporal del plazo (lo que el legislador ha denominado como “suspensión”)¹²²⁹. Pero, siguiendo a GOSÁLBEZ PEQUEÑO, la gran diferencia entre ambas figuras se encuentra en los presupuestos habilitantes de cada una de ellas¹²³⁰.

En cuanto a la ampliación del plazo (art. 23 LPAC), se podrá acordar por parte del órgano competente para resolver, a propuesta del instructor o el superior jerárquico del primero, solo en dos casos excepcionales: cuando exista una gran afluencia de solicitudes o cuando existan muchas personas afectadas. Además, será necesario que estas causas perjudiquen la buena marcha de los trámites pudiendo suponer un incumplimiento del plazo máximo para resolver (art. 21.5 LPAC). Dicho de otra manera, estas dos causas responden a una misma finalidad: reaccionar contra una posible *congestión* del procedimiento administrativo. Eso sí, dichas causas no serán válidas en el momento en el que la congestión sea provocada por la propia pasividad de la Administración ya que esta no puede beneficiarse de sus propios errores¹²³¹.

¹²²⁹ Así lo explica Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, págs. 1175 y 1176. Sin embargo, el autor considera que “[l]a auténtica (y única) ampliación del plazo máximo para resolver y notificar se prevé en el artículo 23 LPAC. El legislador, pese a atribuir a la Administración esta relevante potestad administrativa cuyo ejercicio podrá impedir la terminación anormal del procedimiento por vencimiento del plazo sin resolución expresa (el silencio administrativo o caducidad), se le concede con carácter excepcional y subsidiario, y sujeta a un específico presupuesto de hecho y con ciertos límites”.

¹²³⁰ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *loc. cit.*

¹²³¹ Así se desprende del estudio jurisprudencial realizado por Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “La ampliación del plazo máximo para resolver (Ley 39/2015)”, *QDL*, núm. 47, junio, 2018, págs. 21 y 22. Entre otras, la STS de 15 de febrero de 2013 (ROJ 528/2013), Ponente: Mariano de Oro-Pulido López –que el propio autor cita–, rechazó que existiera congestión (y consiguiente habilitación para la ampliación) del procedimiento porque “[r]elativamente, la dilación de casi un año en la resolución del expediente (...) se debió a la existencia de ‘tiempos muertos’ entre los trámites precitados que carecen de justificación y que sólo pueden imputarse a la falta de aplicación de la Administración (...)”. En idéntico sentido resuelve la STSJ de Galicia, de 22 de febrero de 2017 (ROJ 466/2017), Ponente: Fernando Seoane Pesqueira; o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2017 (ROJ 5502/2017), Ponente: Javier Latorre Beltrán.

Es de advertir que, además de estas causas, la jurisprudencia viene admitiendo también la ampliación del plazo en atención *al volumen y complejidad del expediente* (STS de 21 de diciembre de 2016)¹²³². Así, a pesar de que estos pronunciamientos son más típicos del procedimiento sancionador, no es menos cierto que el TS la equipara, ejemplificativamente, con la abundancia documental, supuestos que pueden darse con facilidad en el procedimiento de responsabilidad patrimonial (por la concurrencia de varios interesados, ya sean promotores y/o terceros, la complejidad del asunto, etc.)¹²³³. Es más, la posible (y cada vez más presente) existencia de terceros responsables en el procedimiento, provocará que a estos quizá les interese alegar en un proceso judicial una incorrecta ampliación. A título ejemplificativo, algunas causas que pueden desencadenar una ampliación en el procedimiento de responsabilidad son las reclamaciones plurales o colectivas, derivadas de algún hecho dañoso con una multitud de afectados o, más simplemente, las reclamaciones complejas o muy singulares y ante las que el órgano instructor carezca de experiencia o medios para sustanciarlas corrientemente¹²³⁴¹²³⁵.

Ahora bien, no es menos cierto que la ampliación *strictu sensu* sigue siendo excepcional, lo que significa que no será automática por la existencia de complejidad extraordinaria de un procedimiento o por gran afluencia de solicitudes si, valorándose las circunstancias del caso, se aprecia que es posible tramitar en el plazo de seis meses¹²³⁶. Asimismo, como puede deducirse, el dato esencial de esta ampliación será su motivación, elemento a partir del cual se podrá enjuiciar la razonabilidad de la

¹²³² STS de 21 de diciembre de 2016 (ROJ 5594/2016), Ponente: María del Pilar Teso Gamella: “[e]n este sentido se viene pronunciando nuestra jurisprudencia, pues hemos considerado que se encontraba motivada la ampliación de plazos, en Sentencia de 18 de octubre de 2006 (recurso de casación nº 331/2004) cuando atendía, en un procedimiento sancionador, al ‘volumen y complejidad del expediente, que resulta de la abundante documentación unida al mismo (XXI tomos)’, que fue considerado por la sentencia como un ‘factor de suyo relevante’”.

En el mismo sentido, la STS de 13 de noviembre de 2013 (ROJ 5747/2013), Ponente: Eduardo Espín Templado; o la STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2019 (ROJ 1389/2019), Ponente: Antonio Martínez Quintanar.

¹²³³ Sobre la complejidad de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, véase la doctrina consultiva que se cita en el epígrafe relativo al trámite de audiencia de los interesados.

¹²³⁴ Así como, por ejemplo, el caso de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial (más de 15.000) por el cierre del espacio civil aéreo español derivado de la crisis producida por la huelga de los controladores aéreos del año 2010, que culminó en la STC de 27 de enero de 2014 (véase, a mayor abundamiento, el capítulo relativo a la iniciación del procedimiento).

¹²³⁵ De este modo, por ejemplo, la STSJ de Aragón de 24 de abril de 2018 (ROJ 682/2018), Ponente: Fernando García Mata, reconoció la procedencia de la ampliación excepcional por un expediente que afectaba al deslinde de más de 250 propietarios y más de 300 fincas afectadas; bajo la justificación de que durante la tramitación se hizo frente a una gran “magnitud y complejidad del procedimiento”, en atención a “la multiplicidad de personas y fincas afectadas y de impugnaciones formuladas”, siendo ello “argumento, suficientemente consistente, para determinar la procedencia del acuerdo de ampliación controvertido”.

¹²³⁶ Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “La ampliación del plazo...”, *op. cit.*, pág. 20, critica la interpretación expansiva que realiza el TS introduciendo esta causa para la ampliación del procedimiento conforme el artículo 23 LPAC; ya que este artículo solo prevé “dos únicas causas tasadas”; esto es, las numerosas solicitudes formuladas o bien numerosas personas afectadas, pero “sin interpretaciones extensivas”.

decisión¹²³⁷. Además, el esquema a seguir será, según la consolidada jurisprudencia del TS, que, ante un supuesto de probable incumplimiento del plazo máximo para resolver y notificar, lo primero que debe hacerse es habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo (art. 21.5); y, solo cuando estos también quedaran superados, procedería acordar la ampliación ex art. 23¹²³⁸. No obstante, en el caso de no cumplirse con estas reglas, el interesado no podrá impugnar de forma autónoma el acuerdo de ampliación del procedimiento ya que el art. 23.2 no lo considera como acto cualificado susceptible de recurso¹²³⁹.

Más allá del tratamiento substantivo de esta causa habilitante de ampliación, es de destacar la anomalía adjetiva en la que incurre el precepto, por cuanto se convierte al órgano instructor en un mero proponente de la medida, siendo competencia del órgano al que le corresponde resolver el procedimiento acordarla. Este hecho es subrayado por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, advirtiendo una idea que puede desencajar con el poder decisorio –en cuanto al desarrollo de los trámites se refiere– que atribuye la LPAC al órgano instructor en términos generales¹²⁴⁰. El desordenado reparto de funcionalidades entre uno y otro órgano es una consecuencia más de la falta de tino sobre esta regulación, lo cual sumerge a los operadores (sobre todo, al instructor) en un escenario confuso en cuanto a la toma de decisiones inmediatas¹²⁴¹. Por lo general, el

¹²³⁷ SAN de 26 de marzo de 2019 (ROJ 1346/2019), Ponente: José Guerrero Zaplana, que apunta a que “toda alegación deberá valorarse en el contexto correspondiente, atendiendo a la razonabilidad, coherencia y, sobre todo, claridad, de los argumentos empleados. Lo contrario supondría admitir como suficiente una invocación formal y estandarizada sobre la complejidad del asunto”.

¹²³⁸ Así, la STS de 27 de enero de 2016 (ROJ: 159/2016), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate, reiterando doctrina. Lo que apunta esta resolución es la inadmisibilidad de decretar ampliaciones del plazo máximo para resolver y notificar con una “vocación de generalidad”. El TS ataca, más concretamente, la línea de flote de la motivación, porque en todos los procedimientos (54 en total) iniciados al amparo de un precepto concreto de la ley autonómica, la motivación se calificó como “genérica y estereotipada”, en la que simplemente se apuntaba por la Administración que existía un elevado número de solicitudes y volumen de documentación generada. Pero lo primordial fue que no pudo acreditar la Administración las circunstancias excepcionales previstas para la ampliación del plazo; más concretamente, no se acreditó que se hubieran “agotado todos los medios (personales y materiales) a disposición posibles”.

En idéntico sentido, la STSJ del País Vasco, de 11 de mayo de 2016 (ROJ 1549/2016), Ponente: José Damián Iranzo Cerezo.

¹²³⁹ Este precepto dispone que, “[c]ontra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.

¹²⁴⁰ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, págs. 1177 y 1178. En concreto, el autor dispone que el legislador declara “responsabilidad por la tramitación administrativa (artículo 20.1) y de su incidencia en el cumplimiento del deber de resolver en plazo (artículo 21.7)”, además de que “también le atribuye una importante potestad administrativa genérica de adoptar ‘las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen...’, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos (artículo 22.1)”.

¹²⁴¹ No está de más señalar que a lo largo de la ley procedimental se pueden detectar otras disfuncionalidades regulatorias entre el papel que debe asumir cada uno de estos órganos, siendo que permite al órgano competente para resolver el procedimiento tomar decisiones más propias de la instrucción. Así, por ejemplo, la adopción de medidas provisionales (art. 56.1); la acumulación de procedimientos, siempre que el órgano que debe resolver sea competente también de la iniciación del procedimiento (art. 57); la realización de actuaciones complementarias (87 LPAC); o, en muchas ocasiones, el propio nombramiento del órgano instructor. Todo ello sin perjuicio de la inutilidad práctica

órgano que está en condiciones de motivar de forma razonada una hipotética ampliación es en realidad aquel que está tramitando y que, por cercanía, conoce los intrínquilos del procedimiento y no así el órgano competente para resolver (en muchas ocasiones de naturaleza política y desconectado de los detalles del asunto)¹²⁴².

B. La suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución de responsabilidad patrimonial

Por lo que se refiere a la suspensión, que ahora se regula en el artículo 22 de la LPAC, es otra forma –no excepcional– de alargar el plazo máximo para resolver el procedimiento y tiene por objeto flexibilizar la tramitación de los procedimientos¹²⁴³. El contrapeso de la falta de excepcionalidad a la hora de acordar la suspensión es que este mecanismo se podrá utilizar únicamente en los supuestos tasados que recogen los dos puntos que contiene el art. 22. Y utilizo el término “podrá” porque el órgano instructor tendrá a su disposición muchas causas de suspensión que tienen carácter potestativo (22.1), mientras que solo unas pocas parecen vincularle (22.2). En efecto, el precepto regulador traza los supuestos habilitantes de la suspensión desde una doble vertiente: los supuestos potestativos y los supuestos obligatorios¹²⁴⁴. A este fenómeno GOSÁLBEZ PEQUEÑO lo denomina *dualidad de categorías de causas suspensivas*, y su análisis va más allá de la simplicidad de los términos “potestativo” (propio de la voluntad, sin más exigencias) u “obligatoriedad” (deber de acatar, desoyendo la voluntad).

El autor, con buen criterio, propone realizar dicha división sobre la base de que las causas de suspensión tipificadas en el apartado 1 del artículo 22 son una potestad administrativa de naturaleza discrecional, lo que implicaría ciertas limitaciones para el órgano instructor ya que el término “podrá” que acuña el precepto no será fruto de la mera voluntad del tramitador. No lo será porque será menester la oportuna justificación con el fin de dar cumplimiento a los parámetros de la discrecionalidad, en el buen entendimiento de que no por el simple hecho de la existencia de una causa del art. 22.1

de la asignación de estas actuaciones (de naturaleza instructora) al órgano competente para resolver. En este sentido, véase Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *loc. cit.*

¹²⁴² Esta cuestión no está exenta de polémica. Así, no la comparte Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “La ampliación del plazo...”, *op. cit.*, págs. 35 y 36, ya que señala que “aunque resulta más ágil, no parece razonable dejar en manos del simple instructor del procedimiento una potestad que supone nada menos que alterar los plazos fijados en la ley (...), con grave incidencia en la seguridad jurídica, que, al fin y al cabo, es el fundamento último de la inalterabilidad de los plazos”.

¹²⁴³ Explica Josefa CANTERO MARTÍNEZ, “Obligación de resolver y silencio administrativo”, *op. cit.*, págs. 1531 y 1532, que la posibilidad de suspender temporalmente el plazo para resolver fue introducida en la ley procedimental en el año 1999, mediante la reforma de la LRJPAC, y su vocación era la de flexibilizar la tramitación, siguiendo la tendencia que imperaba en el derecho de la UE.

¹²⁴⁴ Esta causa se referencia por parte de la doctrina como la más relevante novedad de la regulación de la LPAC con respecto a su antecesora (además de los dos nuevos supuestos de suspensión incluidos). Así, véase, Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, págs. 1197 y ss.; César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 113 y 114; Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 493; o María Concepción CAMPOS ACUÑA, “Obligación de resolver. El silencio administrativo. Términos y plazos. Tramitación simplificada”, en el libro colectivo dirigido por María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Aproximación al nuevo Procedimiento...*, *op. cit.*, págs. 186 a 189.

puede acordarse la suspensión, sino que además debería existir una motivación acorde con el ejercicio de dichas potestades [art. 35.1 i) LPAC]¹²⁴⁵.

En cambio, siguiendo con la interpretación que hace este autor, el artículo 22.2 encerraría “una auténtica potestad administrativa reglada” en tanto en cuanto la suspensión deberá adoptarse imperativamente cuando se den las causas tasadas¹²⁴⁶. La ley es clara en este último caso, porque el tiempo verbal utilizado, “se suspenderá”, disipa toda clase de duda. Ahora bien, la doctrina parece no coincidir en el hecho de que sea necesario acuerdo expreso para declarar la suspensión en los supuestos obligatorios. Así, algunos autores, apuntan que la suspensión obligatoria es además *automática*, caso en el que, no se requeriría acuerdo expreso del instructor¹²⁴⁷. A mi entender, y en atención a los supuestos concretos de suspensión obligatoria, a pesar de ser automáticos, estos no pueden despojarse de la comunicación de la causa a los interesados, ya que tienen el derecho “[a] conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos” (art. 53.1 a LPAC). Una actuación que puede paralizar el procedimiento *sin más* resulta contraria a este deber de informar al interesado de las incidencias que resultaran en el procedimiento.

En este caso, dos de los supuestos habilitantes de suspensión obligatoria requieren algún tipo de comunicación al interesado de la incidencia. Así, el primer supuesto previsto en el art. 22.2 LPAC es el requerimiento de una Administración a otra para que revise la legalidad de un acto que va a ser presupuesto de actuaciones posteriores suyas¹²⁴⁸. En dicho supuesto, el propio precepto requiere comunicación del incidente a los interesados. De idéntica manera sucede con respecto al segundo caso de suspensión obligatoria, relativo al acuerdo de actuaciones complementarias, por cuanto el art. 87 LPAC, párrafo segundo, requiere notificación a los interesados. En cambio, nada se prevé con respecto a la última de las causas, el incidente de recusación. Ahora bien, dicho incidente sí que prevé la necesidad de resolución expresa (art. 24.5 LRJSP), al tratarse de una cuestión incidental a solicitud del interesado (art. 24.2 LRJSP).

Cavilaciones aparte, no considero que sea acorde con el espíritu de la ley procedimental que la Administración, a pesar de tener que acordar imperativamente la suspensión, no informe a los interesados de esta eventualidad. En los dos primeros supuestos, esta información se podrá adoptar en el acuerdo de

¹²⁴⁵ M^a Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, op.cit., pág. 110, explica que la exigencia de motivación del ejercicio de potestades discrecionales precisa “justificar, con suficiencia, los presupuestos fácticos y jurídicos que han llevado a optar una/unas entre las variadas opciones con que la Administración puede elegir para satisfacer el interés general”.

¹²⁴⁶ Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, loc. cit.

¹²⁴⁷ De este modo, César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, loc. cit., que, en referencia al art. 22.2 LPAC dispone que “[e]l primer bloque agrupa un conjunto de eventualidades que van a descontar el tiempo consumido en su gestión de forma automática, es decir, por ministerio de la ley y sin necesidad, en definitiva, de acuerdo expreso por parte del órgano competente”. En similar sentido, Concepción CAMPOS ACUÑA, “Obligación de resolver...”, loc. cit.

Por el contrario, Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, loc. cit., suele referirse a la necesidad de acordarse (por tanto, expresamente) la suspensión cuando se den estas causas.

¹²⁴⁸ Definición que le pertenece a César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, loc. cit.

comunicación/notificación del hecho constitutivo de la suspensión (*p. ej.*, el acuerdo de apertura de actuaciones complementarias); y, en el tercer supuesto, podría realizarse en el acto que resolviera el incidente de recusación (por razones simplificación administrativa). La necesidad de informar al interesado sobre la suspensión es fundamental en aras de una gestión procedimental transparente y que ofrezca seguridad a los interesados.

El resto de las causas de suspensión, las discrecionales, se encuentran libres de debate sobre la necesidad de acuerdo expreso y de ello es prueba que en todos los motivos del art. 22.1 LPAC se exige la rendición de cuentas al interesado para que esté al tanto de la razón de suspender¹²⁴⁹. Para explicar esta cuestión, me serviré de la causa suspensiva más emblemática del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Me refiero al motivo recogido en el apartado d) del art. 22.1: cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración. Como he tenido la ocasión de explicar, el primero de los informes (de la propia Administración) siempre será necesario en el procedimiento de responsabilidad (art. 81.1 LPAC); mientras que el segundo (que sería del órgano consultivo competente), habrá de evacuarse cuando se den los requisitos cuantitativos del art. 81.2 LPAC. De esta manera, si entendemos que el informe del servicio presuntamente responsable siempre será necesario (del art. 81.1 LPAC) en el marco del procedimiento de responsabilidad, es que entenderemos, asimismo, que *siempre se podrá suspender el procedimiento de responsabilidad patrimonial* (por el plazo de diez días previsto), debido a la preceptividad de dicho informe. No obstante, en este campo quizá sea más lógico comprender que la suspensión sería más bien una potestad discrecional¹²⁵⁰, por cuanto, solo en los casos absolutamente necesarios (quizá, por la complejidad del asunto) tuviera sentido aplicar esta causa de suspensión, previa motivación al efecto.

Pero no solo esta causa de suspensión del plazo puede sobrevolar el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Son también otros los motivos que, con facilidad, podrán salir al paso en la tramitación de los procedimientos de responsabilidad

¹²⁴⁹ Así lo expresa César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *loc. cit.*; o Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *op. cit.*, págs. 1179 a 1181.

De esta manera también lo dispone la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 21 de enero de 2015 (ROJ 15657/2015) Ponente: María Luisa Alejandre Duran, que es muy contundente al efecto. Concretamente, apunta que el simple requerimiento del informe del Consejo Consultivo de Andalucía no supone la suspensión automática del plazo para resolver: “[p]uesto que la suspensión del plazo para resolver no opera ‘ipso iure’, la ausencia de un acuerdo expreso de suspensión conlleva la imposibilidad de excluir del plazo máximo de resolución el tiempo en que el procedimiento revisado estuvo supuestamente –pero no en realidad– suspendido...”. Y todo ello porque dicha suspensión no fue acordada de manera explícita por el instructor del expediente. Consecuencia de esto, la reclamación de responsabilidad patrimonial se debió entender desestimada por silencio.

En sentido similar, la STSJ de Andalucía de 27 de marzo de 2014 (ROJ 2414/2014), Ponente: Luis Gonzaga Arenas Ibáñez; la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2017 (ROJ 6039/2017), Ponente: José Daniel Sanz Heredero; o la STS de 19 de febrero de 2016 (ROJ 748/2016), Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

¹²⁵⁰ De la manera defendida por Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “El deber de resolver...”, *loc. cit.*

patrimonial¹²⁵¹. Concretamente, a título ejemplificativo, cabría destacar el inicio de negociaciones con vistas a una posible terminación convencional (art. 22.1 f LPAC) o la necesidad de previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional (22.1 g LPAC).

C. El procedimiento simplificado y su proyección en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

Una de las mayores preocupaciones de la doctrina administrativista de las últimas tres décadas ha sido la lucha contra las trabas con las que topa el ciudadano en su relación con la Administración; y también la exigencia de conseguir una mayor eficacia de su actuación¹²⁵². Estas finalidades se conocen con el nombre de simplificación administrativa. El principio de simplificación se proyecta sobre tres ámbitos distintos, que son comúnmente aceptados por la doctrina: la *simplificación normativa*, que tiene que ver con el entorno normativo que rodea a las distintas actividades; la *simplificación orgánica*, que reordena la propia estructura organizativa de los entes públicos; y la que más nos interesa en este momento, la *simplificación procedimental*¹²⁵³. Tiene un enorme peso la simplificación del procedimiento en tanto que no se entiende el actuar de la Administración sin la tramitación de un procedimiento que sirva para garantizar el acierto de sus decisiones, así como erigirse –en sí mismo– en una garantía para los administrados que se verán afectados por la resolución. Pero este quehacer, que tradicionalmente ha sido lento y costoso, debe aligerarse en beneficio de los propios interesados, en particular y del actuar administrativo eficaz y económico, en general¹²⁵⁴.

La simplificación procedimental se ha convertido en uno de los principales ejes trazados por las leyes 39 y 40, que, abanderando la idea de modernización del sector público español, ha introducido con fuerza la figura de la simplificación de los procedimientos que siguen los ciudadanos y empresas para relacionarse con la Administración¹²⁵⁵. La misma noción de la simplificación es la que explica la –tan

¹²⁵¹ Como dijere Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág. 174, los diversos supuestos de suspensión contemplados por la ley pueden aparecer con mucha frecuencia en el procedimiento de responsabilidad, así como, por ejemplo, las negociaciones tendentes a terminarlo con pacto o convenio.

¹²⁵² Eduardo GAMERO CASADO, “La simplificación del procedimiento administrativo: *better regulation, better administration*”, *REDA*, núm. 130, págs. 79 a 126, sitúa la inmersión de la preocupación por la simplificación de los procedimientos a mediados de los años 90, si bien reconoce la existencia de antecedentes de épocas anteriores.

¹²⁵³ Dicha división es sistematizada por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “De la simplificación de la Administración Pública”, *RAP*, núm. 147, septiembre-diciembre, 1998, pág. 8. Y, se trata de una clasificación aceptada comúnmente por la doctrina. En este sentido, como botón de muestra, véase César CIERCO SEIRA, “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, *RAP*, núm. 152, mayo-agosto, 2000, pág. 386; o Eduardo GAMERO CASADO, “La simplificación del procedimiento administrativo...”, *loc. cit.*

¹²⁵⁴ Como apunta César CIERCO SEIRA, “La simplificación de los procedimientos...”, *op. cit.*, la simplificación procedimental está vinculada de lleno con los principios constitucionales de economía y eficacia (art. 103.1 CE).

¹²⁵⁵ Así se deduce de los preámbulos de la LPAC y la LRJSP e incluso de algunos de sus preceptos, que regulan determinados principios de actuación o figuras procedimentales en base al propio principio de simplificación. A modo de ejemplo, la concentración de trámites del art. 72 LPAC; o la propia utilización

criticada— regulación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial y sancionador como especialidades salteadas del procedimiento administrativo común¹²⁵⁶.

Esta misma corriente es la que inspira poderosamente el “nuevo” artículo 96 de la LPAC, que lleva por nombre la “[t]ramitación simplificada del procedimiento administrativo”. Se trata del único precepto del Capítulo VI del Título IV (que regula las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común), por lo que conlleva la generalización del procedimiento simplificado a todo el procedimiento administrativo común. Lejos de ser una novedad en su sentido más puro, esta regulación no deja de reflejarse en el espejo de los anteriores *procedimientos abreviado y simplificado* de los reglamentos que desarrollaban, respectivamente, los procedimientos de responsabilidad patrimonial y sancionador de la derogada LRJPAC¹²⁵⁷.

Interesa destacar sus características más importantes a efectos de contemplar su incidencia, ya sea especial o general, en el procedimiento de responsabilidad. De entrada, huelga apuntar que el procedimiento simplificado no es en sí mismo un procedimiento que se distinga del ordinario. A pesar de algún lapsus del propio legislador al diferenciar en el art. 96.4 LPAC entre un *procedimiento general* y un *procedimiento simplificado*, del análisis conjunto de su regulación se deduce que la idea de la versión simplificada es que haya *un único procedimiento con dos versiones*¹²⁵⁸. En concreto, el art. 96.1 LPAC dispone que las razones por las que podrá *tramitarse de forma simplificada un procedimiento* son la concurrencia de razones de interés público o falta de complejidad¹²⁵⁹. Dicho de otro modo, se prevé la posibilidad de *abreviar un*

de aplicaciones electrónicas y sistemas de información en la instrucción del procedimiento (art. 75.2 LPAC).

¹²⁵⁶ Resulta acertada la afirmación que realiza César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 115, en la valoración general de la nueva ley procedimental y que, sobre el procedimiento simplificado señala que “es claro que cualquier ley de procedimiento administrativo que se precie ha de tener presente la influencia de la simplificación y las exigencias que de ello se siguen a la hora de repensar la dinámica y factura del *ordo productionis* de las decisiones de la Administración”.

¹²⁵⁷ Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común”, *RGDA*, núm. 47, 2018, pág. 3; Carlos María RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Reflexiones críticas a la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: la nueva tramitación simplificada del procedimiento”, *Gabilex*, núm. 9, marzo, 2017, págs. 20 y 21; Luis MARTÍN REBOLLO, “La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, pág. 169; o Isabel GONZÁLEZ RÍOS, “Reglas generales de ordenación...”, *op. cit.*, págs. 1545 y 1546.

En idéntico sentido Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 561 y 562, que incluso va más allá, apuntando que no solo se trata de una reproducción de la regulación anterior, donde no solo no ha supuesto mejora alguna, sino que se han copiado también todos los defectos que esta tenía e incluso se ha introducido alguno más.

¹²⁵⁸ Así como lo propone Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada...”, *op. cit.*, pág. 4. La autora, con la finalidad de mostrar su rechazo de esta diferenciación, subraya que el procedimiento simplificado es un procedimiento inserto en el procedimiento ordinario, ya que se trata de un mismo modelo, pero con abreviación de algunos trámites y plazos.

¹²⁵⁹ Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada...”, *op. cit.*, págs. 8 a 11, se muestra especialmente crítica con el primero de los motivos que pueden dar lugar a la tramitación simplificada. En concreto, recuerda que la doctrina administrativista ha advertido con ocasión del estudio de otras instituciones de simplificación procedimental (como, por ejemplo, el cambio en el régimen jurídico de acceso a las actividades de servicios tras la Directiva 2006/123/CE) de lo poco

procedimiento que ya se encuentra en marcha cuando surja alguna de las dos causas tasadas para ello. Por tanto, la propia idiosincrasia del planteamiento legal sugiere que la tramitación simplificada es un mecanismo de reducción de los tiempos de respuesta¹²⁶⁰. En el caso del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se pasaría del plazo ordinario de seis meses al plazo de 30 días (que no un mes), de conformidad con el art. 96.6 LPAC. Otra traducción práctica de este hecho es que no podrá iniciarse directamente el procedimiento de responsabilidad simplificado. Dicho de otro modo, es requisito *sine qua non* que el procedimiento ordinario (de responsabilidad) esté ya iniciado.

Cuando se detecte alguna de las razones habilitantes para la tramitación simplificada podrá ser acordada tanto de oficio (por el instructor) como previa solicitud del interesado. La *transformación del procedimiento* de oficio deberá ser notificada a los interesados y, si estos se opusieran, la Administración tendrá que renunciar a tramitar por este cauce, siguiendo con el procedimiento ordinario. El tono imperativo del precepto conlleva que la reducción del plazo para resolver y notificar no se pueda acordar sin el visto bueno de los interesados. Este planteamiento puede plantear dudas en el procedimiento de responsabilidad cuando haya más de un interesado, y me refiero precisamente a la presencia de terceros interesados, porque una eventual oposición de estos tendrá *capacidad de veto* sobre la decisión del instructor.

Ahora bien, ¿tiene sentido tramitar por la vía simplificada un procedimiento cuando hay más de un interesado? Más aún si tiene intereses contrapuestos. En principio, parece que un procedimiento de responsabilidad con múltiples interesados lleve ínsita una dosis de complejidad que de por sí es contradictoria con la idea de simplicidad procedimental que habilita para tramitar el procedimiento de manera simplificada. Con todo, habrá que estar a cada caso. Es decir, podrá cumplirse lo dispuesto en el art. 96.4 LPAC (requisitos para la tramitación simplificada del procedimiento de responsabilidad patrimonial) con independencia del número de interesados que en el procedimiento exista. Es verdad, no obstante, que cuantos más interesados estén presentes, y más contradictorios sean sus intereses, más probabilidades existirán de que los terceros interesados veten la tramitación simplificada, formulando la *oposición impeditiva* del art. 96.2 LPAC.

agraciado que es el uso de conceptos imprecisos como “interés público” o “interés general”. Conceptos que a lo largo de este trabajo hemos detectado con más abundancia de la que hubiera sido aconsejable.

Eva María LÓPEZ TUBÍA, “Aspectos jurídicos de la implantación de centros comerciales en los mercados municipales y la protección del medio ambiente y del entorno urbano. La consideración de las razones imperiosas de interés general”, *RVAP*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014, pág. 1985, ya cuestionaba también la imprecisión de dichos conceptos, poniendo de manifiesto que la discrecionalidad que trasladaba la imprecisión de este a la Administración podría fácilmente devenir en arbitrariedad.

Resulta interesante la sugerencia que realiza la primera de las autoras citadas, por cuanto interpela a los Subsecretarios y a la Comisión territorial de asistencia al Delegado del Gobierno para que precise este concepto para con la tramitación procedimental simplificada, ya que está entre sus funciones la “simplificación de los procedimientos” (arts. 63.1 y 79 LRJSP).

¹²⁶⁰ Como apunta César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 118, “[l]a principal consecuencia de la tramitación simplificada pasa por la reducción del plazo de respuesta a treinta días”.

Si, en cambio, son algunos de los propios interesados los que solicitan la tramitación simplificada, se producirá una especie de *cuestión incidental* en el procedimiento ordinario en la que el órgano instructor deberá decidir (art. 96.3 LPAC). Y decidirá en el plazo de cinco días desde la presentación de la solicitud del interesado, siempre que concurran alguno de los dos supuestos capacitantes para activar la tramitación simplificada: el interés público o la falta de complejidad. Al ser un acto de trámite no cualificado, no cabe recurso contra una posible desestimación.

Corresponde precisar, sin embargo, que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial existen reglas especiales sobre el presupuesto habilitante (apartados 4 y 5, respectivamente, del art. 96 LPAC). Así, la Administración podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento ordinario (que la ley denomina “procedimiento general”) y la iniciación de la tramitación simplificada (que la ley denomina “procedimiento simplificado”) solo cuando el instructor considere *inequívoca* la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización (art. 96.4 LPAC). Dicho de otro modo, el procedimiento simplificado podrá utilizarse solo cuando el órgano instructor considere que hay responsabilidad patrimonial porque se observan con facilidad sus presupuestos materiales. Este requisito especial debe observarse con independencia del requisito general de que concurra una causa de interés público o la falta de complejidad del procedimiento. Por tanto, todo parece indicar que la especialidad sustituye a los supuestos habilitantes generales (del art. 96.1, párrafo primero, LPAC) en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, esta cuestión debería haber sido especificada por el legislador ya que en la práctica podría dar lugar a confusión e inseguridad jurídica¹²⁶¹.

Volviendo al art. 96.4 LPAC, cabe señalar que en alguna ocasión se ha criticado la dicción de la norma, porque hubiera sido más sencillo (y menos conflictivo) referirse a que fueran inequívocos todos los presupuestos materiales necesarios para estimar la reclamación de responsabilidad. La formulación actual puede dar lugar a alguna confusión. De este modo, se ha criticado desde la falta de mención de algún elemento necesario para dar lugar a responsabilidad (*p. ej.*, la antijuridicidad)¹²⁶²; hasta la inclusión

¹²⁶¹ Obsérvese, a modo de ejemplo, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid de 16 de noviembre de 2017, núm. 11/17, Ponente: Rosario López Ródenas. En dicho informe se pone de manifiesto que el órgano encargado de la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial había justificado la iniciación de oficio del procedimiento simplificado porque “existe un ‘interés público evidente’”, además de calificar como “*INEQUÍVOCA*” la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión causada. Resulta claro que esta doble justificación parece llevar al error de considerar los requisitos del art. 96.1 LPAC como complementarios al del art. 96.4. Sin embargo, el del art. 96.4, al ser una especialidad, entiendo que solo se deberá acordar cuando exista la certeza de la concurrencia de los requisitos para la responsabilidad patrimonial.

¹²⁶² En este sentido, Joaquín de FUENTES BARDAJÍ (dir.), *Manual de responsabilidad pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 348. Este aspecto es apuntado también por Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada...”, *op. cit.*, pág. 16.

Sin embargo, el hecho de dejar fuera la antijuridicidad no constituiría ningún problema si la entendemos como requisito intrínseco a la *lesión*, que por sí misma, para ser considerada como tal (y no como un simple daño) ha de ser antijurídica, además de efectiva, evaluable económicamente e individualizable (art. 32.2 en relación con el art. 34.1 de la LRJSP).

como *requisito inequívoco* para dar lugar a la tramitación simplificada de la “valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización”, ya que no parece existir un cálculo de valoración de un daño que no admita discusión¹²⁶³.

Desde otra perspectiva, lo que también parece complicado es que converjan en un mismo asunto tantas certezas¹²⁶⁴ y además que la Administración (y, en su caso, los terceros interesados) las reconozcan. Por decirlo de otra forma, todo parece indicar que la regulación del art. 96 de la LPAC, sobre todo en lo que respecta la previsión relativa a la responsabilidad patrimonial, ha logrado unificar el mensaje de la doctrina en torno a su profunda falta de utilidad y desuso en la práctica¹²⁶⁵. Ahora bien, con entendimiento de la vocación del este tipo de tramitación, CIERCO SEIRA ha entendido que podría ser útil el art. 96 en aquellos casos sencillos de responsabilidad patrimonial¹²⁶⁶. Sencillo no implica necesariamente que sea de baja cuantía, sino que los presupuestos de la institución se observen con claridad, cumpliendo lo dispuesto en el apartado 6 del precepto comentado¹²⁶⁷. *A sensu contrario*, no se seguirá la tramitación simplificada cuando no se tenga certeza del cumplimiento de tales requisitos o cuando exista el riesgo de desestimar la solicitud.

Así, coincido con Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial”, *REDA*, núm. 81, 1994, pág. 38, que propone una interpretación en sentido amplio de esta formulación, por cuanto el carácter inequívoco debe ser con respecto a todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial: “la reducción de plazos y trámites que contemplan la aplicación del procedimiento abreviado está concebida precisamente para aquellos casos en los que sea indudable la procedencia de la reclamación formulada, y no, en cambio, como un medio puesto en manos de la Administración para denegar con mayor prontitud las reclamaciones que se formulen”.

También se muestra a favor de esta interpretación amplia Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ, “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 37 y ss. de la versión electrónica.

¹²⁶³ Véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, *op. cit.*, pág. 665; o Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 3391.

¹²⁶⁴ Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada...”, *loc. cit.*

¹²⁶⁵ Véase, Rosa María COLLADO MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, que utiliza el ya conocido desuso en el que estaba inmerso el procedimiento abreviado del RPRP para apuntar que, si aquel se aplicó en muy pocas ocasiones, “[n]o hay razón para suponer que esta tramitación simplificada corra mejor suerte”. En el mismo sentido, y mucho más duro se muestra Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 564, apuntando que, dadas las deficiencias del procedimiento abreviado (que ahora no deja de plasmarse bajo otro nombre) es comprensible que este procedimiento se utilice poco “y lo mejor es que siga así” ya que “resulta inútil y del todo desaconsejable acudir a este procedimiento abreviado que sólo añade incertidumbre y problemas”. También se muestra escéptica Andrea GARRIDO JUNCAL, “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada...”, *op. cit.*, pág. 26, apuntando que la simplificación procedimental del art. 96 LPAC “tendrá escasa utilidad práctica”. De forma parecida se manifiesta Carlos M^a RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Reflexiones críticas a la ley 39/2015...”, *op. cit.*, págs. 48 y 49, señalando que, atendidas las incógnitas de la tramitación simplificada “probablemente, llevarán al órgano gestor a eludirlas, no accediendo a acordar la tramitación simplificada en la mayor parte de casos”.

¹²⁶⁶ César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 116.

¹²⁶⁷ Como apunta Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 56, el procedimiento simplificado puede seguirse con independencia de la cuantía reclamada, para casos claros.

Otro de los aspectos-diana de la tramitación simplificada ha sido la posibilidad de que su mala utilización sea susceptible de provocar incluso el efecto adverso al perseguido, es decir, que se sobrepase el plazo máximo para resolver y notificar de seis meses. Tal y como advierte REBOLLO PUIG, dado que el plazo de treinta días del procedimiento simplificado empieza a contar a partir de la iniciación de este, puede haber ocurrido que se iniciara al cabo de mucho tiempo desde dicho acuerdo¹²⁶⁸. Aunque, al menos, el art. 96.6 impide que se acuerde la tramitación simplificada si resta menos para la tramitación ordinaria del procedimiento¹²⁶⁹. Llevadas las aludidas advertencias a la práctica, el Consejo Consultivo de Andalucía ha señalado dicha mala utilización en alguna ocasión al hilo de la aplicación del procedimiento abreviado que antes se regulaba en el art. 14 del RPRP. Más concretamente, ha detectado algunos supuestos en los que, a pesar de haberse iniciado el *procedimiento abreviado*, la tramitación ha superado con creces el plazo de seis meses para resolver¹²⁷⁰. Otro desajuste es la posibilidad de retomar el procedimiento ordinario donde se dejó si así lo decide el instructor¹²⁷¹. Ahora bien, tal y como he apuntado anteriormente, en puridad, considero que el apartado uno (con sus dos párrafos) del art. 96 no es aplicable al procedimiento de responsabilidad patrimonial, por cuanto no tendría ningún sentido prever la posibilidad de retomar la tramitación ordinaria si *ex ante* se ha evaluado, de forma inequívoca, la existencia de responsabilidad patrimonial¹²⁷². Sin embargo, el problema más grave de todo esto es que el incumplimiento de una incorrecta tramitación del procedimiento simplificado pocos efectos reales tendrá. Primero porque se trata de una actuación que la propia LPAC considera como no cualificada, ya que no cabe recurso autónomo alguno contra un posible acuerdo sin cumplir los requisitos formales (art. 96.2). Segundo, porque la invalidez de las actuaciones tampoco será un peligro real para el instructor, recordando el mal endémico en el que está inmerso el ordenamiento jurídico público por la falta de efectos de una “mera” torcedura en el *iter*

¹²⁶⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 563.

¹²⁶⁹ *Ídem*.

¹²⁷⁰ Véase, en este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía de 27 de febrero de 2018, núm. 142/2018, Ponente: María Jesús Gallardo Castillo; o de 27 de febrero de 2018, núm. 138/2018, Ponente: Begoña Álvarez Civantos. Estos dictámenes reprenden la superación del plazo para resolver y notificar la resolución –que es de seis meses– “a pesar de que se suspendió el procedimiento general y se acordó el inicio del procedimiento abreviado (...)”. Poca repercusión, hablando en términos de economía procesal y eficacia, ha tenido en estos supuestos el haberse acordado el antes conocido como procedimiento abreviado.

¹²⁷¹ Así lo advierte Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 563 y 564: “[e]l máximo del despropósito se produce si se acepta que procede retomar el procedimiento ordinario dónde se dejó sin que de nada sirva lo actuado en el procedimiento abreviado y si se admite que tal retorno ha de producirse por el simple hecho de que, tras haber tramitado éste hasta el momento de dictar resolución, se llega a la conclusión de que, aunque se dan todos los requisitos necesarios para conceder la indemnización solicitada, no se dan con el carácter inequívoco que exige el art. 96.4. No mucho menos disparatado sería entender que cuando en el procedimiento simplificado se llega a la conclusión segura de que no procede responder (...), no quepa resolverlo en ese sentido sino acordar la continuación del procedimiento ordinario para, tras volverse a evidenciar lo que ya era obvio, desestimar la reclamación”.

¹²⁷² *Ídem*.

si esta es considerada como un defecto formal no invalidante o, aun de ser invalidante, si por razones de economía procesal no valiera la pena aplicarla¹²⁷³.

No corre mejor suerte el procedimiento a seguir que está diseñado en el art. 96.6 de la LPAC y que deberá resolverse en treinta días a contar desde el día siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada. Los trámites son los siguientes: a) la iniciación del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado; b) si es el caso, la subsanación de la solicitud presentada; c) alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días; d) trámite de audiencia únicamente en el caso de que la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado; e) informe del servicio jurídico, del CGPJ y/o del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CA en los casos que alguno de ellos sean preceptivos.

Al margen de las cuestiones que he tenido la ocasión de apuntar anteriormente, esta configuración del camino a seguir en los trámites fue discutida desde el primer momento. El Consejo de Estado fue el primero en solicitar la remoción de esta regulación al observar inviable finalizar el procedimiento en menos de treinta días habida cuenta del número de trámites mínimos obligatorios, algunos de ellos extremadamente *complejos*, en vista de la demora en la que pueden incurrir, como por ejemplo a causa de la evacuación del informe del CGPJ o de los órganos consultivos¹²⁷⁴. Tal y como apunta CIERCO SEIRA, “[c]uesta trabajo imaginar que en treinta días cabe subsanar la solicitud, presentar alegaciones, pasar por el trámite de audiencia, obtener el informe del servicio jurídico, del Consejo General del Poder Judicial, el dictamen del Consejo de Estado u homólogo autonómico y al fin resolver”¹²⁷⁵.

De gran interés resulta la postura que ha emergido por parte de un sector doctrinal tendente a reclamar una alternativa al procedimiento simplificado en vista de sus patentes carencias. La alternativa parte del consejo de no acudir a la tramitación simplificada. En este sentido, hubiera sido más efectivo confiar el poder de la tramitación al instructor para que este, en caso de que fuera necesario, tramitara el procedimiento ordinario de una forma más acelerada¹²⁷⁶. La idea, que considero acertada, vendría a despojar al responsable de la tramitación de la carga que supone

¹²⁷³ Para mayor abundamiento, véase César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, págs. 120 y 121; o Tomás CANO CAMPOS, “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, *Ponencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, pág. 5.

¹²⁷⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2015, núm. 275/2015, págs. 92 a 94.

¹²⁷⁵ César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 118.

¹²⁷⁶ De esta manera lo expresa César CIERCO SEIRA, “El «nuevo» procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 119, que apunta que “hubiera bastado con dejar en manos del instructor el poder para instruir según su criterio, pudiendo apartarse de la serie predefinida mediante la omisión de trámites innecesarios a la luz de la simplicidad del caso e incluso ofreciéndole fórmulas simplificadas para la práctica de trámites comunes”. En la misma dirección apunta María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, pág. 404, preguntándose si no podría haberse conseguido lo mismo siguiendo el procedimiento general, pero haciéndolo con más celeridad.

Otros autores son mucho más beligerantes, como por ejemplo Manuel REBOLLO PUIG, “Novedades relativas al procedimiento...”, *op. cit.*, pág. 563 y 564, que no duda en afirmar que “resulta inútil y del todo desaconsejable acudir a este procedimiento abreviado que solo añade incertidumbre y problemas”.

abrir una *pieza separada* en el procedimiento, en la que se vería encorsetado y, muy probablemente, obligado a incumplir. Lo cierto es que, a pesar de algunos intentos no muy felices de tramitar simplificada¹²⁷⁷, estamos ante una figura que se encuentra en desuso en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, y difícilmente va a llegar a buen puerto tal y como está planteada por la LPAC.

A. La ampliación de los plazos en los actos de trámite y la tramitación de urgencia: figuras afines a la ampliación y suspensión del plazo máximo para resolver

En los dos apartados anteriores he tenido la ocasión de analizar determinadas figuras que tienen el poder de alterar de forma directa los plazos máximos de duración del procedimiento, esto es, el plazo de seis meses para resolver y notificar previsto en el art. 91.3 de la LPAC. Cabe reseñar que dichas posibilidades no son las únicas capaces de incidir en los plazos del procedimiento, ya que encuentran un reflejo también en los arts. 32 y 33 de la LPAC. Sin embargo, estos preceptos regulan la modificación de los plazos en el entorno interno del procedimiento, por lo que no se deben confundir con los supuestos de alteración del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento. Las previsiones de los artículos 32 (ampliación de los plazos) y 33 (tramitación de urgencia) regulan la posibilidad de alterar la duración de los trámites del procedimiento (la ampliación o reducción del período de prueba, del trámite de audiencia, etc.).

Ya he tenido la ocasión de exponer que tanto la ampliación (art. 23 LPAC) como la suspensión (art. 24 LPAC) del plazo máximo para resolver son, al fin y al cabo, técnicas

¹²⁷⁷ Además de los anteriores Dictámenes de los órganos consultivos de Andalucía y Madrid, respectivamente, que se han citado en las páginas anteriores, hay algunas otras (pocas) resoluciones consultivas que conocen de acuerdos de tramitación simplificada. Cabe destacar, a modo de ejemplo, los Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias de 5 de diciembre de diciembre de 2017, núm. 451/2017, Ponente: Bosch Benítez; y de 16 de mayo de 2019, núm. 179/2019, Ponente: Fajardo Spínola. Ambas resoluciones destacan por haber sido dictadas en el marco de una tramitación simplificada del procedimiento de responsabilidad patrimonial. De entrada, nada habría que objetar a dichos dictámenes por permitir la tramitación simplificada ante la claridad de existencia de la responsabilidad patrimonial (que cumpliría, por tanto, con lo dispuesto en el art. 96.4 LPAC). Sin embargo, esta claridad lleva a confundir al órgano instructor (y al consultivo) con la terminación convencional del procedimiento, ya que en sendos dictámenes se aprecia dicha forma de finalización, a la luz de la simplicidad de la tramitación. No hubiera sido necesario acordar el procedimiento simplificado para acabar terminando convencionalmente el procedimiento, sino que hubiera bastado con acortar los trámites innecesarios para poder llegar a tal conclusión.

Esta última cuestión ha sido apuntada por el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2019, núm. 61/2019, Ponente: Enrique Bleda Pérez-Pedrero, en un supuesto idéntico a los anteriores en el que el instructor había acumulado procedimiento simplificado y terminación convencional. Lo que dispone el Consejo es que el hecho de transformar el procedimiento ordinario en simplificado, por considerar inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización “no va vinculado a la terminación convencional del mismo (art. 86 de la LPAC), pues una cosa es la tramitación del procedimiento como simplificado por entender que concurren los requisitos necesarios para el éxito de la acción ejercitada y se estimen todas las pretensiones del reclamante, en cuyo caso, se producirá una resolución de finalización estimatoria de la acción; y otra distinta es el acuerdo al que el Ayuntamiento pudiera llegar con el accidente sobre el reconocimiento del derecho y el importe de la cuantía a indemnizar”. Ahora bien, a pesar de esto, y retomando aquí la falta de efectos negativos por la mala tramitación procedimental, el Consejo acaba reconociendo la responsabilidad patrimonial existente, interpelando al instructor a dictar resolución estimatoria de la reclamación.

de procedimiento que permiten la prórroga, directa o indirecta, de dicho plazo. Ahora bien, el artículo 32 de la LPAC regula otro tipo de ampliación de plazos que la doctrina suele calificar como *ampliación de los plazos internos del procedimiento*. Dicho de otro modo, tal posibilidad de ampliar los plazos no afectará al plazo máximo para resolver y notificar –que será un todo inconfundible y solamente prorrogable en virtud de los arts. 23 y/o 24 de la LPAC– sino que solo será operable en la vida interna del procedimiento. Así, por ejemplo, se podría ampliar el plazo del requerimiento de los interesados no personados en un procedimiento de responsabilidad iniciado de oficio (art. 65.2 LPAC); o el plazo del trámite de audiencia a los interesados (art. 82.2 LPAC)¹²⁷⁸. Pero aun de ser permitida esta operación si se dan las *circunstancias que así lo aconsejan y siempre que no se perjudiquen derechos de terceros* (art. 32.1 LPAC), ello no debería implicar la tolerancia de una ampliación de los seis meses que en total tiene la Administración para resolver y notificar tal procedimiento. Se trataría, por así decir, de una *redistribución interna del tiempo*. Pero esta última no es la solución que proporciona la doctrina jurisprudencial del TS, que acepta el mismo efecto para la ampliación del art. 32 que para la del 23. Dicho de otro modo, la ampliación de los plazos internos del procedimiento (alegaciones, pruebas, etc.) afectarán a la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar de seis meses¹²⁷⁹.

¹²⁷⁸ En este sentido, es clara M^a Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op.cit.*, págs. 95 y 96, que subraya con rotundidad que la posibilidad establecida en el art. 32 LPAC se refiere única y exclusivamente a la ampliación de los plazos “desde el punto de vista intraprocesal, o sea, los fijados para evacuar los diversos trámites dentro del procedimiento en su conjunto o para cumplimentar un trámite determinado, pero no a la ampliación, rigurosamente excepcional, del procedimiento”.

Del mismo modo lo defiende Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “La ampliación del plazo...”, *op. cit.*, págs. 30 a 33. El autor, tras realizar un repaso de la doctrina y determinadas resoluciones judiciales sobre dicha cuestión, acaba razonando que la ampliación del art. 32 LPAC no responde a la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento desde tres tipos interpretativos. Primero, una *interpretación sistemática* indica que, atendiendo a la localización de los distintos preceptos en la LPAC, no puede entenderse que el legislador se refiera a la ampliación del plazo máximo del procedimiento en el capítulo relativo a los “términos y plazos” en general, sino que esta se encuentra en su regulación específica (arts. 21, 22 y 23). Segundo, siguiendo a Santamaría Pastor en toda una *interpretación literal*, apunta que el carácter potestativo de la regulación del art. 32 parece indicar que dicha ampliación puede realizarse únicamente en favor de los interesados, excluyendo así la posibilidad de poder considerarse como un autobeneficio en favor de la propia Administración (atribuyéndose una ampliación del plazo máximo para resolver y notificar). Y, tercero, la interpretación lógica. El autor considera que ningún sentido tendría el art. 23 (ampliación del plazo para resolver y notificar) si entendiéramos que el art. 32 también es capaz de ampliarlo, ya que quedaría vacío de contenido.

También del mismo modo se han pronunciado algunas resoluciones judiciales, así como la SAN de 24 de junio de 2015 (ROJ 2314/2015), Ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo, citada por el último de los autores, que fue así de clara: “[e]l artículo 49 de la Ley 30/1992 se refiere única y exclusivamente a la posible ampliación de los plazos fijados para evacuar los distintos trámites dentro del procedimiento (alegaciones, pruebas, etc.), pero no a la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento en su conjunto, cuestión esta regulada en el artículo 42.6 de la Ley”. En sentido similar, también la STSJ del País Vasco de 11 de mayo de 2016 (ROJ 1549/2016), Ponente: José Damián Irazzo Cerezo.

¹²⁷⁹ Tal y como destaca Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “La ampliación del plazo...”, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

Esta línea jurisprudencial parece mantenerse en la actualidad y, más aún, consolidarse como mayoritaria, debido a la fuerza con la que nuestro TS la defiende. Así, véase, por todas, la STS de 6 de febrero de 2018 (ROJ 359/2018), Ponente: Rafael Toledano Cantero, que, siguiendo doctrina

Por lo que respecta a la tramitación de urgencia prevista en el art. 33 de la LPAC, parece menos polémico que esta no afecta sobre el mismo ámbito material que el procedimiento simplificado del art. 96 del mismo texto legal. En aquel caso está claro que la tramitación urgente posibilita la reducción a la mitad de los distintos trámites integrantes de un procedimiento, salvo la presentación de solicitudes y recursos¹²⁸⁰. El propio hecho de que el legislador prevea un ejemplo de trámites concretos cuyo plazo no se podrá reducir, es indicativo de la voluntad general de que las previsiones del precepto se realcen sobre la vida interna de los trámites que integran el procedimiento, y no sobre su duración máxima. Otra cosa es que la reducción de los plazos de los determinados trámites conlleve, como es natural, una rebaja de los tiempos máximos de los procedimientos. El acuerdo de la tramitación urgente podrá adoptarse tanto a petición del interesado como de oficio por el órgano instructor cuando existan razones de interés público (art. 33.1) y no podrá ser recurrido de forma autónoma (art. 33.2).

En los dos supuestos anteriores, tanto en la ampliación prevista en el art. 32 como en la tramitación urgente del art. 33, volvemos a topar con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como las *circunstancias que lo aconsejan o el interés público* que son la base para adoptar los acuerdos de ampliación o reducción de plazos. Sin reiterar lo ya dicho en páginas anteriores, sí cabe mencionar que el control que sirve para rellenar dichos conceptos ha de canalizarse por medio de la motivación (art. 35.1 e de la LPAC)¹²⁸¹, último reducto de la salvaguarda de las garantías procedimentales de los interesados cuando todos los demás mecanismos fallan o simplemente no existen¹²⁸².

3. EL CONTROL DEL TIEMPO COMO IDEA CARDINAL DEL BUEN DESARROLLO PROCEDIMENTAL

jurisprudencial anterior, descarta que deba interpretarse sistemáticamente la ley, pues el rechazo de que la ampliación del ahora art. 32 (antes 49 de la LRJPAC) pueda afectar al plazo máximo para resolver y notificar no se deduce de manera directa y expresa de la legislación procedimental, “ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley”.

En el mismo sentido las SSTs de 10 de julio de 2018 (ROJ 2717/2018), Ponente: Rafael Toledano Cantero; o de 13 de noviembre de 2017 (ROJ 3993/2017), Ponente: César Tolosa Tribiño.

¹²⁸⁰ De esta manera lo observan Isabel GONZÁLEZ RÍOS, “Reglas generales de ordenación...”, *op. cit.*, pág. 1544, o María Jesús GALLARDO CASTILLO, *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015...*, *op. cit.*, págs. 95 y 96.

Igual que en el caso anterior, no falta alguna voz doctrinal que considera la tramitación de urgencia del art. 33 LPAC como capaz de reducir hasta el plazo máximo para resolver y notificar. Véase, en este sentido, Flor ARIAS APARICIO, “A propósito de los plazos administrativos, su cómputo y las nuevas reglas fijadas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *RGDA*, núm. 42, 2016, pág. 21.

¹²⁸¹ El art. 35.1 e) LPAC establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho “[l]os acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias”.

¹²⁸² Véase una extensa crítica sobre la utilización de este tipo de conceptos jurídicos indeterminados, en relación con el concepto de urgencia e interés público, en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.*, tomo I, págs. 1455 a 1468.

En el mismo sentido, véase María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS, “La actividad de las administraciones públicas”, en la obra colectiva dirigida por Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *La nueva ley del procedimiento administrativo común*, *op. cit.*, pág. 131.

Una vez trazados los puntos cardinales de la gestión del plazo del procedimiento administrativo común, con todas las vicisitudes que este puede tener, conviene apuntar la idea con la que iniciaba este epígrafe. A los efectos de la duración del procedimiento resulta crucial el desenvolvimiento del órgano instructor. El instructor llega a todos los rincones del *iter* decisorio. Uno de ellos, que sostiene los cimientos de la tramitación, viene dado por el tiempo. Un procedimiento complejo como es el de la responsabilidad patrimonial, en el que no solo pueden coexistir múltiples reclamantes, sino también terceros interesados, cuya causa puede disparar la necesidad del saber tramitar y, sobre todo, controlar el tiempo, requiere de un instructor preparado.

Son muchas las circunstancias diversas que pueden requerir de un conocimiento profundo del cauce del procedimiento¹²⁸³. El juego de los distintos trámites puede ser muy diverso y dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Si a ello le unimos la problemática intrínseca de cada trámite que puede suspender el curso del procedimiento o reducirlo –todo ello siendo posible en presencia de terceros interesados– se nos presenta un panorama complejo. Dicho de otro modo, el instructor ha de encaminar, *ex aequo*, tanto la vereda procedimental como la del derecho material. Lo anterior significa que los trámites tienen por objetivo observar el cumplimiento o los incidentes que pueden desprenderse de la regulación contenida en el Capítulo IV del Título Preliminar de la LRJSP, que, de por sí, puede tener un devenir sofisticado. Y, además, todo ello ha de proceder en un tiempo marcado por la ley (seis meses) que en función de las circunstancias puede alargarse o reducirse notablemente, ya sea formalmente (porque así lo acuerda el instructor, mediante los mecanismos legales habilitantes: tramitación simplificada, ampliación del plazo máximo para resolver o notificar, etc.), o con independencia de las soluciones anteriores (*p. ej.*, porque se tramita con más celeridad). De lo contrario, asomará el silencio administrativo y otras consecuencias, a las que me referiré en las siguientes páginas.

Por esta razón, es necesario que tanto las Administraciones tomen conciencia de la función que desempeñan estos órganos en su organización interna, como que el legislador elabore una regulación más rigurosa del *responsable de la tramitación*. Lo que no parece de recibo es que el instructor sea una persona poco preparada en asuntos de responsabilidad patrimonial, ya que, como vengo apuntado en este trabajo, se trata de un procedimiento complejo y versátil, que colinda con muchas ramas del Derecho, no solo el administrativo. La tramitación, por tanto, no debe estar al alcance de cualquier empleado público, sino que este debería ser una persona formada en Derecho, con sólidos conocimientos jurídicos y, especialmente, en materia del procedimiento administrativo que cubre. La idea que vengo a trazar es que en el procedimiento administrativo en general y, en el de responsabilidad patrimonial en particular, ha de existir a nivel de la organización administrativa un cambio cultural con respecto a los

¹²⁸³ Sirva de botón de muestra el expuesto por Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 172 y 173, en tanto que exponente de la inseguridad que provocaba –y que a día de hoy sigue intacta– la insuficiencia regulatoria de la LRJPAC, en relación con las figuras de la suspensión del procedimiento, la ampliación de los plazos, etc., y que normalmente provocará que el procedimiento de responsabilidad dure mucho más de seis meses.

órganos instructores. Y este cambio ha de venir fomentado desde la legalidad. Estas dos ideas responden a la necesidad de que la tramitación del procedimiento administrativo se integre en la vida de la organización administrativa, se nutra de ella y, sobre todo, se realice desde el dominio de completitud o integridad que su visión conjunta con la jurisdicción contencioso-administrativa tiene¹²⁸⁴.

4. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La superación del plazo máximo para *tramitar*, resolver y notificar la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por causas imputables a la instrucción sigue teniendo los efectos que su anterior regulación ya albergaba: el silencio negativo. Este tipo de silencio, también conocido como *desestimación presunta*, no deja de ser sino una ficción legal orientada a fingir que la Administración ha resuelto en contra de lo pretendido¹²⁸⁵. El objetivo de esta ficción no es más que dejar expedita la vía de los pertinentes recursos una vez superado el plazo máximo de tramitación que establece la ley¹²⁸⁶. La idea que tradicionalmente ha informado el régimen del silencio administrativo es la que sobreentiende el silencio positivo como regla general. Tal aseveración vuelve a remarcar en el art. 24.1 de la LPAC, que contiene una redacción un tanto hiperbólica del silencio estimatorio como común, que no ha estado exenta de crítica doctrinal¹²⁸⁷.

El sentido del silencio en el procedimiento de responsabilidad patrimonial es preeminentemente negativo, al margen de la forma de iniciación del procedimiento (si de oficio o a instancia del reclamante). No da lugar a dudas el art. 91.3 de la LPAC cuando establece que la falta de resolución expresa y notificación o, en su caso, la falta de formalización del acuerdo convencional, dentro del el plazo de seis meses podrá entenderse como contraria a la indemnización. El legislador, sin embargo, no ha considerado suficiente esta previsión, sino que también ha regulado expresamente el sentido desestimatorio del silencio para el procedimiento de responsabilidad patrimonial en el art. 24.1, párrafo segundo, de la LPAC. Esto en lo que se refiere a los

¹²⁸⁴ Recordemos que la vía administrativa no puede entenderse sin acudir, al menos comparativamente, al proceso judicial contencioso-administrativo. Es necesario proporcionar una coherencia entre dos sistemas que se asemejan e influyen, tanto de forma indirecta (por copiar mecanismos de analogía) como de forma directa (porque lo que sucede en el procedimiento administrativo tendrá repercusión, de alguna manera u otra, en el contencioso-administrativo).

¹²⁸⁵ Por todas, véase Rosario ALONSO IBÁÑEZ, “El incumplimiento de la obligación de resolver”, en la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinada por Anabelén CASARES MARCOS, *Silencio administrativo...*, *op. cit.*, págs. 246 a 273; o, en el mismo libro, Vicenç AGUADO CUDOLÀ, “El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual”, págs. 275 a 376.

¹²⁸⁶ La STS de 28 de noviembre de 1998 (ROJ 8181/1998), Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate, es expresiva de la hoy en día consolidada doctrina jurisprudencial conforme la que se atribuye estatus de “ficción jurídica” al silencio administrativo, y que considera que “no es sino un trámite para que quede libre la vía del recurso administrativo o jurisdiccional”.

¹²⁸⁷ En este punto cabe destacar, por todas, la crítica que formula Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Reformas incompletas, proyectos de futuro: El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RPAM*, núm. 24, junio-2016, pág. 25, según la cual considera inadmisibles que la LPAC siga admitiendo que el silencio administrativo positivo es, en la actualidad, la regla general, cuando todas las leyes que se dictan regulando un nuevo procedimiento establecen la norma contraria.

procedimientos iniciados por reclamación, ya que en los procedimientos de responsabilidad iniciados de oficio, además de la regla del art. 91.3, jugará también la general recogida en el art. 25.1 a): “[e]n el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en cuyo caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo”.

La ley procedimental del 2015 cierra todos los flancos que pudieran utilizarse para alegar una estimación tácita del procedimiento, con lo que no deja lugar a dudas sobre su sentido. Como he apuntado anteriormente, el principal efecto del silencio negativo es, además de que el interesado tenga por desestimada la indemnización, abrir la vía de recursos administrativos o contencioso-administrativos que procedan. En vía administrativa solo cabe recurso de reposición, ya que la resolución de responsabilidad patrimonial pone fin a la vía administrativa (art. 114.1 e LPAC)¹²⁸⁸. En cuanto al plazo, de conformidad con la doctrina jurisprudencial consolidada del TC y TS, que ahora se positiviza en el art. 124.1, párrafo segundo, de la LPAC, quedará abierto. La falta de plazo en caso de desestimación por silencio también se repite para cuando el interesado pretenda acudir directamente al auxilio judicial, aunque no lo prevea expresamente en art. 46.1 de la LJCA¹²⁸⁹.

Más allá del principal efecto del silencio en materia general y de las cuestiones novedosas que pudiera incorporarse en esta regulación¹²⁹⁰, conviene no olvidar una consecuencia jurídica de cuño jurisprudencial que, en muchas ocasiones, se le atribuye a la pasividad administrativa a la hora de resolver expresamente y notificar: la restricción de los mecanismos de defensa de la Administración en vía jurisdiccional. Se trata de un *efecto secundario* del silencio administrativo¹²⁹¹ que, derivado de la disciplina de procedimiento que el legislador le impone a la Administración, en ocasiones ha sido reconocido por la jurisprudencia. Dicho efecto consiste en la imposibilidad de que la Administración silenciosa realice ciertas alegaciones que debería haber expuesto en la

¹²⁸⁸ Ello sin perjuicio de que, en casos excepcionales, se permita el llamado *recurso de alzada impropio*, cuya problemática ya ha sido analizada en el Capítulo relativo a la iniciación del procedimiento, al que me remito en este momento.

¹²⁸⁹ Aunque el art. 46.1 de la LRJPAC establece que, si el acto fuera expreso, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses y, si el acto no fuera expreso, será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la norma específica, se produzca el acto presunto; el TC ya manifestó en su sentencia de 10 de abril de 2014, núm. 52/2014, Ponente: Adela Asua Batarrita, que la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no se encuentra sujeta al plazo de caducidad previsto en dicho precepto.

¹²⁹⁰ Al no ser objeto de este trabajo pormenorizar las cuestiones generales del Derecho administrativo, debo remitirme, en cuanto al nuevo régimen del silencio administrativo al trabajo de José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, “El silencio administrativo en la Ley 39/2015 desde la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 70/2018, de 21 de junio)”, *RVAP*, núm. 113, enero-abril, 2019, págs. 407 a 427.

¹²⁹¹ Tal y como lo denomina Manuel REBOLLO PUIG, “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, págs. 176 a 178.

vía administrativa, que ya ha sido objeto de tratamiento en otro lugar de este trabajo y a cuyas páginas me remito¹²⁹².

¹²⁹² Esta cuestión ha sido objeto de análisis en el Capítulo relativo a los sujetos integrantes del procedimiento de responsabilidad.

CONCLUSIONES

Un replanteamiento del acervo regulatorio del procedimiento de responsabilidad patrimonial

La nueva regulación del procedimiento administrativo que ha instaurado la LPAC de 2015 no ha sido objeto de poca controversia. Controversia que también ha alcanzado a la construcción basada en el seguimiento de un modelo de procedimiento administrativo común con especialidades. Dicha configuración, recordemos, consiste en explicar el procedimiento de responsabilidad patrimonial desde el enfoque *común* del procedimiento administrativo y acompañado de un entramado de previsiones especiales por razón de la materia a la que el régimen adjetivo responde: la responsabilidad patrimonial. En este punto de partida corresponde realizar un replanteamiento sobre la necesidad de que el procedimiento que tiene por objeto tramitar la responsabilidad patrimonial de la Administración sea *especial*, con independencia, en este momento, de la línea acometida por la ley.

El peso que este procedimiento debe tener para erigirse como especial es dado al más alto nivel normativo, al regularse la potestad administrativa a la que sirve, la garantía de la responsabilidad patrimonial, en el art. 106.2 de la CE. A dicha previsión constitucional le sigue la reserva de la competencia exclusiva estatal que sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas se establece en el art. 149.1.18^a. Con esta mera síntesis constitucional, es llano que este procedimiento viene a despuntar de forma singular sobre los demás procedimientos administrativos. Su papel se ve reforzado con respecto al procedimiento administrativo común, o al menos, así debería serlo en base a la relevancia que parece haberle otorgado el constituyente. La idea es bien entendida también por el legislador de 2015, en cuanto recoge tal *especialidad* en los procedimientos de responsabilidad y sancionador. Otra cosa es, sin embargo, la canalización reguladora de dicha especialidad, cuestión sobre la que volveré más adelante.

Desde un punto de vista substantivo, o incluso práctico, que la institución que representa la responsabilidad patrimonial responde a una relevancia destacada no es ningún misterio. De este modo, respecto a la parte cuantitativa, se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo que la presencia de la institución en el día a día de la práctica

administrativa y judicial es notoria. Hasta el punto de que podría llegar a afirmarse que es uno de los ámbitos de conocimiento del Derecho administrativo que más litigiosidad presenta en la vida administrativa y judicial. Esta cuestión se puede observar, como botón de muestra, a partir de la presencia indiscutiblemente mayoritaria en las resoluciones y dictámenes de los órganos consultivos (ámbito en el cual, recordemos, no llegan todas las reclamaciones existentes), así como del amplio espectro que la institución tiene en el ámbito judicial.

Si, en cambio, hablamos de términos cualitativos, la singularidad del procedimiento de responsabilidad adquiere otras dimensiones. Una idea inicial de partida sería el servicio que este profiere a la propia institución a la que sirve, pues es indudable que una buena regulación procedimental promoverá, en mayor o menor medida, la adecuada resolución de los supuestos de responsabilidad patrimonial. En la puesta de largo del trabajo he tenido la ocasión de insistir en que muchos aspectos de la tramitación de este procedimiento tienen la fuerza de cambiar el signo del desenlace de cualquier reclamación de responsabilidad.

La forma de gestionar elementos como, por ejemplo, la prescripción, la investigación de los hechos a partir del acervo probatorio, la integración de todos los posibles interesados en el procedimiento (con inclusión de los terceros) o la forma de plasmar o explicar todo el proceso anterior en la resolución final, puede decantar la balanza hacia la desestimación o la estimación de una reclamación. Sin olvidar, por supuesto, que lo que se haga o deje de hacerse en esta fase preprocesal marcará la estela de un eventual proceso judicial. El control de estos elementos será sujeto al arbitrio del órgano instructor, cuyo criterio también va a ser una pieza fundamental en el devenir del procedimiento.

Lo que es pacífico es que un procedimiento especial de responsabilidad patrimonial de la Administración hará mejor a la propia garantía a la que sirve. Las apuntadas razones son muestra de ello: una buena tramitación garantizará la adecuada aplicación de los presupuestos de la institución y, con ello, se asegurará la indemnidad de la víctima y, además, ayudará a que este principio se mantenga impoluto. En este sentido, es igual de importante resarcir a la víctima del daño que cumpla con dichos presupuestos que rechazar aquellas reclamaciones que se encuentren fuera de estos lindes.

Por último, y no menos importante, una regulación especial del procedimiento de responsabilidad también jugará a favor de proporcionar una mayor seguridad jurídica. Este punto no debe ser menos relevante, por cuanto se hace necesario informar claramente a los ciudadanos en general y a los operadores jurídicos en particular de las reglas del juego a la hora de hacer efectivo el derecho a la reparación de la víctima, con la correspondiente exigibilidad de la responsabilidad cuando el quehacer administrativo genera daños. Esta idea se refuerza en el momento en el que se determina que el procedimiento de responsabilidad es un procedimiento complejo, de los más complejos, en realidad, en el mundo de los procedimientos administrativos. Y ello no solo por razones materiales, porque los conocimientos para aplicar los presupuestos de los arts.

32 y siguientes de la LRJSP lleven intrínseca una dificultad indudable; ocurre, además, que en este ámbito se debe hacer frente a un sinnúmero de variables derivadas de la propia amplitud, en horizontal y en vertical, del campo que cubre la responsabilidad patrimonial.

A modo de recordatorio, sabemos que una de las características definitorias de la responsabilidad patrimonial es su heterogeneidad. Ello implica que su tramitación está expuesta a lidiar con cualquier aspecto de la actividad administrativa y adentrándose en todos sus ámbitos sectoriales, puesto que todos ellos son susceptibles de causar daños indemnizables, así como cualquier tipo de actividad, ya sea formal o material. Aspecto que se podría denominar como la *diversidad en horizontal* de este procedimiento administrativo, que viene a significar que este procedimiento puede conocer asuntos de lo más variopinto. Pero hay otra vertiente de su heterogeneidad que no cabe menospreciar, que es la *diversidad en vertical*, por cuanto en la vida procedimental de la responsabilidad patrimonial los asuntos que pueden llegar a conocerse se caracterizan por una graduación significativa, es decir, que las Administraciones conocen desde reclamaciones de mínimos a reclamaciones millonarias.

De ahí que un elemento clave sea la *capacidad de adaptación del órgano instructor*. Ahora bien, no menos importante es la buena regulación, que ha de proporcionar más soluciones de las que ofrece ahora mismo. No se requieren las mismas condiciones para una responsabilidad por daños sanitarios que aquellas otras enmarcadas en el ámbito de la responsabilidad urbanística, por poner algún ejemplo. Sí es verdad que el instructor tiene a su alcance muchas reglas procedimentales a las que amoldar la tramitación incluso en campos de conocimiento distintos, pero también es cierto que no siempre puede dejarse todo a la suerte del criterio que éste pueda ejercer.

II

La insuficiencia de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial sea una mera especialidad procedimental: debe ser un procedimiento especial regulado por su propia ley

Siguiendo con la línea anterior, queda patente que la tramitación de la responsabilidad patrimonial está dotada de tal peculiaridad que su caracterización como mero complemento o apéndice de las disposiciones generales del procedimiento común es insuficiente de cara a dotar a la responsabilidad patrimonial de un régimen adjetivo capaz de soportar el peso de la idiosincrasia de la institución a la que sirve. Sobre este último extremo, conviene resaltar que un procedimiento especial de responsabilidad patrimonial podría ser capaz de dotarlo de la unidad orgánica que le es imprescindible. Se ha podido observar que, en innumerables ocasiones, ante la falta de previsiones expresas, las lagunas del procedimiento se solventan por la vía de la doctrina consultiva o de la jurisprudencia, hecho que refuerza la necesidad de la unificación regulatoria.

III

La adecuación de un hipotético procedimiento especial de responsabilidad patrimonial

El planteamiento de un procedimiento de responsabilidad patrimonial especial y, por tanto, único, puede presentar el conflicto sobre su capacidad de soportar la variedad propia del mismo. Por tanto, despejar la idea de la falta de utilidad de un eventual procedimiento especial debe conformarse como una importante baza. En este terreno, no obstante, se ha de partir del hecho de que ningún sistema puede alcanzar la perfección, pero sí otorgar una cohesión necesaria a su regulación que no simplemente llegue a mejorar, sino que sea capaz de convertirse en una guía eficaz y útil para la labor del órgano instructor. El obstáculo que representa la diversidad de la institución podría subsanarse mediante la habilitación de un sistema *normativo general y otro específico*.

En el ámbito general, se trataría de trazar las normas comunes de la parte procedimental de la institución, con incorporación de aquellas previsiones necesarias con las que dotar al régimen general de tal integralidad o completitud que asegure el óptimo funcionamiento del procedimiento por sí mismo. Claro está, sin embargo, que este no tiene por qué dejar de nutrirse en las cuestiones comunes de todo procedimiento de la propia ley (así como sobre el régimen de notificaciones, registro, etc.), pero sería la mejor manera de aprovechar para integrar cada resquicio de especialidad que pudiera observarse. De ahí que realizar ciertas actuaciones como, por ejemplo, establecer una regulación propia de la inclusión de los terceros en el procedimiento de responsabilidad, incluir una regulación de la prescripción más detallada, en atención de la amplia experiencia jurisprudencial que tenemos en este ámbito, determinar un régimen probatorio propio, o, por poner un último ejemplo, mejorar la articulación de aspectos como las formas de terminación procedimental, concretamente, la terminación convencional, se hace necesario.

La necesidad de que esta parte sea completa y versátil para el instructor es clara si se trata de hacer frente a la tramitación de un régimen tan amplio y variable como es la responsabilidad patrimonial. Ahora bien, hemos podido observar que, en este ámbito, a pesar de su heterogeneidad, sí existen sectores específicos que merecerían tener previsiones propias (especialidades) dentro de esta regulación del procedimiento de responsabilidad. Es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad patrimonial sanitaria, siendo este el sector que más presencia tiene entre la casuística de los pleitos en materia de responsabilidad patrimonial. En efecto, dentro de este ámbito podrían tratar de *regularse algunas cuestiones propias de la problemática sectorial*, así como una aclaración del ámbito de la prescripción para determinados supuestos, un sistema probatorio que evite el corporativismo médico o incluso previsiones específicas tendentes a regular el preceptivo informe del servicio.

IV

La conveniencia de tener un procedimiento de responsabilidad patrimonial *de minimis*

En línea con las propuestas anteriores, esta vez en lo que respecta la diversidad vertical de los asuntos que pueden tratarse en el procedimiento de responsabilidad, la presencia de reclamaciones de poca cuantía hace necesaria una reflexión sobre su encauzamiento particular en el marco de la tramitación. Más concretamente, son abundantes los procedimientos tramitados que nacen de reclamaciones de baja cuantía, así como por ejemplo aquellas que no superan el umbral de los 1.000 euros (pequeñas caídas en la vía pública que provocan leves lesiones físicas). Si a este hecho le juntamos el fracaso que ha supuesto “el nuevo” procedimiento simplificado, apremia proporcionar una respuesta diferenciada para los procedimientos o reclamaciones *de minimis*.

Primero de todo, debo aclarar que estos procedimientos no corresponderían con las mismas causas habilitadoras de ese procedimiento simplificado; y tampoco lo substituirían. La idea sería más bien la de responder a necesidades de tramitación cuando la cuantía sea realmente poco relevante. Algo similar a los procesos de escasa cuantía regulados en la LEC. Ahora bien, para que funcione realmente y no siga la misma suerte que el procedimiento simplificado, el criterio de la cuantía no puede ser el único a tener en consideración, sino que deberían depurarse otros elementos que pudieran otorgar complejidad al asunto, así como por ejemplo que la inexistencia de alguno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sea fácilmente deducible a partir de la prueba aportada por el interesado o que la Administración tenga en su poder.

La idea es que la tramitación devenga sencilla, sin que parezca, en absoluto, el procedimiento ordinario de responsabilidad. Por esta razón, aquí no tendrían cabida las situaciones dudosas o que pudieran ser objeto de discusión. El objetivo de este tipo de tramitación sería solventar de forma rápida reclamaciones que no requieren de un consumo de energías procedimentales desproporcionado como ocurre en estos momentos.

V

Los sujetos integrantes en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

Ya se ha podido observar que la participación de los sujetos en el procedimiento de responsabilidad no está exenta de problemas. Cabe en este momento destacar los más relevantes, sin entrar en pormenores.

En el ámbito de la capacidad de obrar, hace falta una mejora en lo que respecta a la capacidad de las personas jurídicas y de los menores de edad. Por lo que se refiere a los primeros, se refleja en el procedimiento una problemática de origen procesal, por

cuanto no se aclara qué sucede respecto a la falta de acreditación correcta de la voluntad para reclamar mediante el correspondiente acuerdo del órgano competente para ello. Ahora bien, parece que esta disyuntiva procesal no se traslada en su totalidad a la vía administrativa previa, por cuanto la eventual falta de la acreditación de la voluntad para reclamar se deberá solucionar por la vía de la subsanación de las reclamaciones, sin que se pueda inadmitir de plano la solicitud del interesado. Y, en segundo lugar, respecto a los menores de edad, en esa nueva ley de procedimiento de responsabilidad deberían introducirse unas normas más claras en cuanto a la actuación de estos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En esa regulación debería ensancharse la participación de los mismos por sí solos o debidamente representados en función de su capacidad natural, y siguiendo aquí las consignas de las legislaciones de protección jurídica del menor. Todo ello dejando atrás la remisión a la ley para que en determinados supuestos prevea expresamente su participación directa en los procedimientos, ya que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial no existe ninguna previsión directa.

En cuanto a la condición de interesados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, sería conveniente que la nueva regulación aclarara algunas cuestiones que a lo largo de los años han ido presentando cierta conflictividad. Es el caso de la condición de interesados *mortis causa*, para el caso de que la víctima del daño ha fallecido y cómo se articularía la transmisión de la legitimación a sus allegados; el régimen de la legitimación pasiva en el procedimiento de responsabilidad patrimonial; y, por último y no menos importante, la configuración de la incorporación del tercero responsable del daño provocado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Este último extremo lo trataré de forma autónoma en el último de los apartados de las presentes conclusiones, teniendo en cuenta su naturaleza transversal en el procedimiento.

En este momento debo reparar especialmente en la configuración procedimental de la condición de interesados de los familiares de las víctimas fallecidas. Sobre estos extremos, existen principalmente dos posturas encontradas: la que parece ser mayoritaria, la tesis de la intransmisibilidad de los daños; y la que es minoritaria, pero en auge, que es la tesis de la transmisibilidad de los daños. Tras un sinfín de debates doctrinales, soluciones a golpe de sentencia y problemas de inseguridad jurídica, el debate sobre esta cuestión debería elevarse al ámbito legislativo y permitir una legitimación procedimental (y procesal) más flexible con estos supuestos. La intransigencia sobre este aspecto, especialmente cuando se ha rechazado de plano la legitimación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial por parte de los herederos en tal condición, ha podido causar alguna situación de manifiesta injusticia. Es por ello que el legislador debería tomar cartas en el asunto y avanzar hacia un sistema que incluso alterne las dos propuestas, por ejemplo, aceptando la transmisión hereditaria en aquellos supuestos en los que el causante haya dejado claras sus intenciones en un testamento o negocio jurídico sucesorio similar, y limitándolo en aquellos casos en los que la sucesión fuera intestada, acudiendo a la mayor justiciabilidad de los daños morales en este supuesto.

VI

La iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial

En sede de iniciación del procedimiento varios puntos deben tratarse. El primero de ellos es la figura de la prescripción, que en toda su tradición normativa y en la actual ley se ha caracterizado por su escasa regulación. Este hecho provoca que el casuismo de las decisiones jurisprudenciales sea el que informe en última instancia el régimen de la prescripción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. Sería conveniente que los denominadores comunes de esta jurisprudencia pudieran plasmarse en una regulación más minuciosa de la prescripción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial a efectos de dotar de una mayor seguridad jurídica a la institución, teniendo en cuenta el carácter definitivo de la apreciación de esta figura. De este modo, en el ámbito de los daños corporales deberían aclararse ciertas cuestiones como la incidencia de los tratamientos paliativos o rehabilitadores en el plazo de prescripción y preverse expresamente el *dies a quo* del plazo a raíz de las resoluciones administrativas de incapacidad. También sería acertado reflexionar sobre el *dies a quo* en el campo de los daños corporales a partir del alta médica. Como he tenido ocasión de apuntar, el alta médica no en todos los casos es capaz de despejar la estabilización lesional que suele ser el punto de partida de la prescripción extintiva. Siendo esto así, la complejidad médica del tema sugiera que en los casos dudosos se prohíba la apreciación de la prescripción. Por último, también considero conveniente volver a hacer un llamamiento que la doctrina se ha encargado de reiterar a lo largo de los años sobre la necesidad de ampliar el plazo de prescripción de un año.

En cuanto a la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, esta fase del procedimiento se divide en dos tipos. La iniciación de oficio y la iniciación a solicitud del interesado, que a lo largo del presente trabajo he llamado *reclamación*. Por lo que se refiere a la iniciación de oficio, bajo sus cuatro modalidades, la línea discursiva puesta de manifiesto en este trabajo pivota sobre la introducción de obligaciones de iniciación de oficio cuando la Administración tenga conocimiento fundado de la existencia de un daño en la órbita de un servicio público de su incumbencia. En este sentido, es conveniente que se dé un mayor impulso a la iniciación de oficio principalmente por dos razones. En primer lugar, por motivos de transparencia. Cuando hay un accidente en el que esté involucrado, de manera directa o indirecta, un servicio público, también resultará oportuna una autofiscalización de ese funcionamiento por parte de la propia entidad causante del daño o que podría haberlo causado. En segundo lugar, con el objetivo de facilitar el ejercicio del derecho constitucional recogido en el art. 106.2 de la CE, que en muchas ocasiones podría ser desconocido por el interesado.

En lo referente a la iniciación del procedimiento mediante reclamación, se ha podido observar que la LPAC ha ido incorporando a lo largo de las especialidades procedimentales de la responsabilidad patrimonial determinadas previsiones respecto al cumplimiento de los presupuestos de la institución y la cuantificación de la misma.

Dichos requisitos se observan por primera vez, precisamente, en la especialidad relativa a la solicitud de responsabilidad patrimonial. El interesado se ve interpelado para confeccionar *una solicitud muy cercana a lo que es una demanda judicial*, en la que se le exige un importante conocimiento jurídico a efectos de especificar los hechos (la probanza de los mismos) y los fundamentos de derecho principales en respaldo de su solicitud. Dicha previsión, si bien pudiera ser efectiva *a priori*, se vuelve excesiva por sí misma si no se acompaña de refuerzos normativos tendentes a asegurar el asesoramiento jurídico del interesado en la vía administrativa previa. Truncar, en cierto modo, el principio de antiformalismo del procedimiento mediante el requerimiento de una solicitud compleja sin establecer garantías adicionales (especialmente asesoramiento jurídico) para los interesados puede llegar a ser contraproducente para un procedimiento administrativo que sirve al ejercicio de un derecho constitucional.

Lo anterior debe vincularse además de modo directo con otra importante figura que, si bien suele darse en la fase de la iniciación procedimental, como su *acto sustituto*, podría aparecer en cualquier momento de la tramitación: la inadmisión. Esta figura se caracteriza por ser habitual en la práctica administrativa relativa a la responsabilidad patrimonial, pero, lamentablemente, también por su falta de regulación. Solo se hace referencia en la LPAC a la inadmisión en el art. 88.5 y en materia de recursos administrativos, algo que, por lo general, no suele afectar al procedimiento de responsabilidad patrimonial, más allá de la efímera incidencia que pudiera tener respecto del recurso de reposición. Por esta razón, sería conveniente configurar legamente esta actuación a fin de ofrecerle un marco mucho más acorde con el uso habitual que viene haciéndose de la inadmisión en el entorno de la responsabilidad patrimonial y, de paso, rellenar las importantes lagunas que presenta esta figura.

VII

La ordenación e instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial

Dentro del campo relativo a la ordenación del procedimiento de responsabilidad tiene trascendencia el expediente administrativo; un expediente que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial tiene una *vocación de completitud probatoria*. Esto significa que, por lo general, la fuerza probatoria del expediente suele ser determinante, haciéndose valer la prueba practicada en la vía administrativa previa también en el proceso judicial posterior. Por tanto, la actuación de los diversos interesados y la forma de instruir el procedimiento será un aspecto clave en toda la vida de la reclamación, incluida la etapa procesal. La exclusión del expediente de determinada información considerada como auxiliar o de apoyo ha traído consigo también una destacada polémica en la doctrina que tiende a considerar mayoritariamente que esta posibilidad trae consigo un grave riesgo. Por mi parte, creo que la gravedad de ese riesgo dependerá en realidad de la manera de hacer de cada instructor. Al fin y al cabo, los documentos auxiliares o de apoyo, si son tales, siempre han existido y existirán para apuntillar la

tarea del empleado público encargado de la tramitación y/o resolución. Los documentos de trabajo pueden formar la percepción que determinada persona encargada de dar curso a la tramitación tiene sobre un determinado aspecto, y así debe quedar. Nos encontraríamos en este ámbito ante un exceso de transparencia que pudiera provocar los efectos contrarios al objetivo perseguido y, sobre todo, minimizar la eficacia administrativa, si se diera acceso a cualquier borrador, nota, opinión o resumen interno. Distinto es mi parecer en relación con la exclusión de los informes internos, ámbito en el que el veto al acceso de los interesados puede ser mucho más peligroso.

Otro aspecto esencial de la ordenación del procedimiento es la figura del responsable de la tramitación, a la que en el presente trabajo suelo referirme con el término *instructor*. Sin embargo, la relevancia de esta figura hace menester su tratamiento en un apartado separado. Sobre esta cuestión volveré en breve.

La instrucción, por su parte, se postula como el corazón del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En un procedimiento como este, cuya nota primordial es la *complejidad*, la secuencia de las alegaciones, la actividad probatoria, los informes y la audiencia de los interesados es el núcleo de la formación de la voluntad administrativa. Más que una *simple* formación de la voluntad se trata de todo un enjuiciamiento del funcionamiento de los servicios públicos, realizado desde el derecho y precedido por una investigación de los hechos motivantes de la incoación procedimental. La primera idea que se presenta respecto de la instrucción es la utilidad de la comunicación entre interesados e instructor, otorgando, cuando fuere debido, los pertinentes plazos para presentar alegaciones durante el curso de la instrucción. La buena utilización de las alegaciones, más allá del correlativo deber de la Administración de tenerlas en cuenta, puede ser un adecuado mecanismo para comprender las posiciones de todos los sujetos integrantes en el procedimiento y dotar de fluidez a la comunicación procedimental. Puede ser, en suma, una herramienta clave para el órgano instructor.

Ahora bien, uno de los aspectos más importantes de esta fase es la prueba. De entrada, se puede apreciar que, a pesar de este apunte, la actividad probatoria en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial no encuentra razones de ser entre las especialidades procedimentales de la LPAC, de modo que no hay correspondencia entre el peso de la prueba en este procedimiento y su regulación, que, una vez más, queda a merced de la construcción casuística. A dicho casuismo se le une la aplicación de algunas reglas probatorias fruto de la LEC, a la que se remite –de una forma bastante cuestionable por su generalidad y amplitud– la LPAC. Con esta perspectiva en el horizonte, cabría que la ley procedimental estableciera al menos unas normas de mínimos respecto a la actividad probatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como, por ejemplo, respecto de un suceso tan habitual en la jurisprudencia como es la inversión de la carga de la prueba.

Los informes en el procedimiento de responsabilidad también tienen una presencia distintiva. Los hay, básicamente, de dos tipos. De un lado, los informes del servicio en cuya esfera se produjo el daño, que tiene una naturaleza más bien descriptiva o relatora del suceso (*alegatoria*); y, de otro lado, el informe consultivo del Consejo de

Estado u órgano equivalente en las comunidades autónomas. Este último es preceptivo en función de si la reclamación alcanza una cuantía predeterminada por la ley, y dependerá de la propia LPAC cuando el órgano competente para emitir este informe sea el Consejo de Estado o de la legislación autonómica cuando sus consejos consultivos o comisiones jurídicas asesoras deban informar. Emitir informes o dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial es la actividad más abundante de este tipo de órganos consultivos. Tanto en el ámbito estatal como en el catalán la cuantía que traza la línea de la preceptividad es la de 50.000 euros. En este terreno, debería repensarse si no sería más acorde dejar atrás la cuantía como único mecanismo de filtro para el acceso por parte de las Administraciones instructoras a los órganos consultivos, en atención a su buen funcionamiento, toda vez que pueden existir supuestos de menor cuantía pero que, a raíz de las circunstancias del caso, sea conveniente una pronunciación de estos en atención al interés público de la cuestión. La mentada solución implicaría que los propios consejos consultivos o comisiones jurídicas asesoras realizaran una ponderación de la necesidad de informar, como si de una valoración del interés informador se tratara.

Finalmente, el último de los aspectos recogidos en la fase de instrucción es el trámite de audiencia. Dicho trámite tiene por misión la fijación de las posturas definitivas de los interesados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez instruido gran parte del procedimiento y obtenidos todos los elementos de juicio necesarios que van a recogerse en la resolución final (y previamente en el informe consultivo, si lo hay). Por tanto, la nota más destacada de este trámite es su *carácter finalista*. Sin embargo, en la práctica este trámite se ha visto fuertemente desnaturalizado, sobre todo cuando existe más de un interesado (suceso que se da en la mayoría de los casos de responsabilidad patrimonial, debido a la alta presencia de las compañías aseguradoras) y cuando se incorporan nuevos elementos de juicio. Dicha desnaturalización consiste en repetir el trámite de audiencia tantas veces como haga falta para evitar cualquier posible sesgo de indefensión que pudiera causarse a cualquier interesado. Es por ello por lo que se sugiere la incorporación de otros mecanismos de participación de los interesados que, junto a la presentación de alegaciones, confiera la adecuada toma de contacto con los interesados antes del trámite de audiencia, y así ayudar a conservar la esencia de este en lo que respecta a su carácter finalista. El hecho de no desvirtuar *la fijación de la posición definitiva de los interesados* es una poderosa razón para sostener esta idea.

VIII

La terminación del procedimiento de responsabilidad patrimonial

El procedimiento de responsabilidad patrimonial puede terminar de las maneras clásicas previstas en la legislación procedimental. La resolución es aquel acto en el que se plasma todo lo acontecido respecto de un determinado supuesto de responsabilidad patrimonial que se obtiene a partir del proceso de investigación que supone la

tramitación del procedimiento de responsabilidad, en especial, su fase de instrucción. De aquí que el elemento básico de la resolución sea la motivación: la descripción de los hechos probados y, en base a los mismos, el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y demás aspectos condicionales (*p. ej.*, la valoración económica de los daños causados y el modo de indemnizar). Lo anterior es una imposición consecuencia de la especialidad prevista en el art. 91.2 de la LPAC. La naturaleza compleja de este procedimiento y la orientación, bien que tímida, de la jurisprudencia del TS —también, habría que añadir, del TJUE— explican el porqué esta motivación no debe ser redactada en meros términos sucintos, sino que la justificación de la decisión final deberá ser al menos completa.

Una manera de terminar el procedimiento muy propicia a la responsabilidad patrimonial, más allá de otras figuras comunes como lo son el desistimiento y la caducidad, es mediante convenio, es decir, acuerdo negociado entre la Administración y los diversos interesados. Esta es una forma de finalizar el procedimiento que, a pesar de los beneficios que puede tener, se caracteriza por su poca utilización. Sin embargo, en aquel momento en que los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son palpables, esta forma de finalizar no solo sirve para rebajar los esfuerzos y costes de la tramitación de todo el procedimiento, sino que elementos tan importantes como la valoración económica del daño puede dar un importante juego al órgano instructor a la hora de negociar la indemnización. En lo referente a su encaje en el procedimiento de responsabilidad, sería deseable ampliar la regulación existente ya que tanto el inicio de las negociaciones como su finalización con acuerdo o con desacuerdo provocan algunos problemas de tramitación, sobre todo en aquellos casos en los que hay más de un interesado. Otorgar una respuesta en torno a la afectación de un posible acuerdo Administración-reclamante a un tercer interesado es esencial.

IX

El plazo y el control del tiempo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial

El procedimiento de responsabilidad patrimonial puede durar hasta un plazo máximo de seis meses para resolver y notificar, por mandato del art. 21 de la LPAC. Ahora bien, en lo que se refiere a la gestión del tiempo del procedimiento de responsabilidad, algunas figuras comunes del procedimiento administrativo vienen a incidir directamente en la desvirtuación práctica de la rigurosidad aparente de este plazo. Es el caso de la suspensión y la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar, así como la ampliación de los plazos de los trámites internos de los procedimientos y la llamada tramitación de urgencia. Así, a la luz de estas figuras y de la facilidad de su invocación en el contexto del procedimiento de responsabilidad —señaladamente, la suspensión—, es de fuerza preguntarse sobre la efectiva “realidad” del plazo de seis meses. Quiero decir con ello que, sobre el terreno, el plazo de seis meses, más que un límite insuperable, constituye una medida *estándar*. En algunos

casos, tal vez sea un tiempo exagerado (lo que conecta con el procedimiento simplificado); en otros, quizás se ajusta a la perfección; pero los habrá en que el límite de seis meses se supere por efecto de ese manejo relativamente sencillo de las válvulas temporales ampliatorias.

X

La posición inacabada del tercero presunto responsable

He podido detectar que, en todos los momentos procedimentales, con independencia de la fase en la que se encuentra la tramitación, existe una problemática acuciada: la participación de los terceros presuntamente responsables del daño. A diferencia del proceso judicial, el procedimiento administrativo no siempre halla mecánicas de introducción de diversos interesados con intereses contrapuestos en una misma tramitación. Sin embargo, esta situación ha ido ligeramente cambiando en los últimos años, hasta el punto de que la nueva LPAC habilita algún sistema para llamar al tercero presuntamente responsable al procedimiento de responsabilidad patrimonial, trazado como una mera especialidad (el trámite de audiencia para contratistas).

De este modo, a causa de la manifiesta insuficiencia de estas previsiones, una de las líneas articulares del presente trabajo ha pretendido detectar los momentos esenciales de incorporación y participación de estos terceros en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, en términos muy similares al tratamiento que se les propone en las leyes procesales. En este sentido, es imperioso que una nueva regulación de este procedimiento trace un verdadero sistema de introducción de terceros sujetos interesados, a efectos de garantizar plenamente el principio de contradicción y evitar de esta manera cualquier posible indefensión. Todo ello dando respuesta a las vicisitudes que pueden surgir a lo largo de la tramitación; vicisitudes, que, como ya hemos tenido ocasión de observar, son abundantes y se vienen a resolver desde el más puro casuismo.

Interiorizada esta panorámica, la reflexión en clave de mejora requiere que la presencia de terceros interesados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial sea cimentada en la ley y en el quehacer de los operadores jurídicos. La inclusión de terceros responsables distintos a la Administración titular de los servicios que han causado un daño debe tenerse en cuenta desde el diseño del propio procedimiento administrativo. Si la primera idea que se nos pasa por la cabeza es que los terceros tienen una amplia presencia en la prestación de servicios públicos y que estos pueden llegar a responder por los daños que causan en el marco de estos, no es descabellado afirmar que el legislador deba tenerlos en cuenta desde los primeros acuerdos de la tramitación. Indudablemente esta idea no pasa solo por una previsión en la que se observe, como el que les hace un favor, el derecho a presentar alegaciones. No se le debe tener miedo a la novedad que significaría plantar todo un *estatuto del tercero*

como lo que jurídicamente es en el procedimiento administrativo: un interesado que tiene legitimación pasiva.

En concreto, la integración del tercero en el procedimiento desde el principio podría argüirse a petición del interesado-reclamante pero también de oficio por parte de la Administración, puesto que el primero raras veces conoce de la identidad exacta y correcta del interesado-reclamado. Ni tiene por qué conocerla mientras sea víctima del daño ocasionado por el funcionamiento un servicio público. En este punto de partida el cambio de mentalidad, o cultural, si se prefiere, de la instrucción procedimental va a sufrir una intensa evolución. La llamada al procedimiento del tercero desde el mismísimo acuerdo de incoación se acercaría enérgicamente a un intercambio de actuaciones parecido a la posición del demandado en el proceso judicial. El tercer interesado no solo tendría derecho a contestar a la reclamación, que recordemos, más que una mera solicitud ha de ser toda una reclamación (art. 67.2 LPAC). Sino que, además, su presencia debe tornarse como imprescindible en el decurso de toda la instrucción, mediante la presentación de alegaciones, pruebas y, como no, el trámite de audiencia.

El objetivo de la participación plena del tercero desde el comienzo y en el decurso procedimental se explica, tomando altura, desde el final: la terminación del procedimiento. En este campo, la necesidad de tener en consideración sus alegaciones y pruebas en la resolución final es una mera consecuencia lógica del haberles hecho partícipes. La idea nuclear de su afectación en la terminación procedimental que planteo sugiere aplacar de raíz el eterno debate sobre el camino a seguir una vez imputada la responsabilidad al tercer interesado. Se trata de una idea que ni doctrinal ni jurisprudencialmente ha tenido recorrido hasta el momento e incluso, me atrevo a pronosticar, será de digestión lenta. Sin embargo, no se trata más que de aplicar los mecanismos jurídicos que el más clásico Derecho Administrativo nos proporciona. Si la Administración declara en su resolución la imputación de responsabilidad del tercero y este acto deviene firme, será natural, según la teoría general de los actos administrativos, que esta pueda ejecutar forzosamente dicho acto si fuere menester. No puede catalogarse a este acto ni como desproporcionado ni mucho menos que incurra en un exceso en la autotutela administrativa. Simplemente se ahorra tiempo, tanto a la Administración como, sobre todo, al interesado que solo quiere observar la efectividad de su resarcimiento.

También en sede de terminación procedimental debe observarse una segunda idea y, abrigada a la idea anterior, el procedimiento de responsabilidad patrimonial pasaría a tener una *naturaleza bifronte*. Por un lado, existe por lo menos un interesado-reclamante y la resolución del procedimiento puede ser susceptible de provocar efectos favorables, como el reconocimiento de una indemnización. Pero por otro lado tenemos al interesado-reclamado o, como le he llamado a lo largo del presente trabajo, tercer interesado. Para este, el efecto será susceptible de provocar efectos desfavorables: la imposición de una condena de pago, cuya efectividad estaría asegurada en la propia vía administrativa.

Trazar de esta manera el procedimiento de responsabilidad patrimonial conlleva que se acojan las garantías de aquellos procedimientos más inquisitoriales que administrativamente existen, así como los sancionadores, disciplinarios, expropiatorios, de reintegro de subvenciones, etc. De ahí que el sostén normativo que informa toda la tramitación haya de adaptarse con plenas garantías a una realidad que todos conocemos: *la presencia de terceros es mayoritaria en la tramitación de procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial*.

XI

La propuesta de un nuevo papel para el órgano instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial

Finalmente, hay una idea que recorre el presente trabajo y cuya oportunidad no he podido si no corroborar una y otra vez a lo largo de la investigación: realzar el papel del órgano instructor del procedimiento. Coincido en este sentido con el sentir doctrinal que considera inexcusable una mejora de la regulación relativa al instructor, ya que se trata de la persona vinculada a la Administración que marca el rumbo de todo el procedimiento administrativo. Si bien esta idea puede ser válida para cualquier procedimiento, gana un peso específico en cuanto se trata de procedimientos complejos, como lo es el de responsabilidad patrimonial.

El hecho de que se trate de un procedimiento caracterizado por su amplia heterogeneidad, complejo, en el que pueden surgir un sinnúmero de circunstancias distintas ante las que reaccionar, provoca que el órgano instructor deba tener un buen dominio del arte de la tramitación. No solo eso, sino que debe estar plenamente capacitado para reaccionar, valiéndose de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le pone a disposición, ante todas esas situaciones divergentes. El instructor no solo da curso a los diferentes actos que deben sucederse en la secuencia procedimental, sino que es además el gestor del tiempo y cerebro de la Administración en ese procedimiento concreto. De él dependerá el signo de una determinada reclamación. Es por ello que urgen dos cambios. El primero, que nuestro legislador debe reaccionar ante este hecho y dotar al procedimiento administrativo de un marco regulatorio que proporcione respuestas a esta necesidad. Y segundo, de carácter más pragmático, pero no menos importante, que las Administraciones interioricen una *nueva cultura de la instrucción de los procedimientos*.

Por todas las cuestiones que se han ido analizando en este trabajo, queda patente que una primera idea sobre el órgano instructor es que este debe ser una persona formada en Derecho y más concretamente, en Derecho administrativo. El procedimiento de responsabilidad patrimonial requiere de unos conocimientos jurídicos suficientes para dar respuesta a las distintas contingencias que pueden surgir en un escenario así de vasto como es el que abarca la responsabilidad patrimonial. Por tanto,

cabe superar una idea que en la actualidad está de lo más interiorizada, que no es suficiente con ser un buen tramitador, sino que las Administraciones han de potenciar algo más que eso: un tramitador con una dosis significativa de especialización en la materia de la responsabilidad patrimonial. Esta cuestión se enlaza con la segunda ya anticipada. Para que este hecho se pueda materializar, la legislación debe fomentar un cambio cultural respecto de la mentalidad del *pensamiento interno* en las Administraciones Públicas. El hecho de que los instructores sean empleados públicos capacitados requiere de un giro en las políticas de empleo público que en un futuro será inevitable abordar y que, necesariamente, deberán ser tenidas en cuenta en las futuras relaciones de puestos de trabajo.

Por último, considero que un cambio de la tendencia cultural respecto a la tramitación de los procedimientos administrativos complejos como es el de la responsabilidad patrimonial debería dotar de competencias resolutorias a este órgano instructor debidamente preparado para la tarea. No se trataría sino de reconocer, por lo demás, lo que ya sucede de forma concurrente en la práctica y que, en ocasiones, los juristas no nos atrevemos a subrayar: el órgano instructor es el artífice de la resolución material. No cabe discurrir de forma más detenida por estos derroteros, ya que soy sabedor de que se trata de una cuestión estructural en nuestra concepción del procedimiento administrativo y requeriría de una profundidad tal que excede de la vocación del presente trabajo, un supuesto que, sin duda, afectaría a las propias entrañas de la relación entre los niveles técnicos y políticos de la Administración, con su consecuente proyección sobre el procedimiento administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

ABAL LOURIDO, C., “El principio de seguridad jurídica y la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 51, enero-junio, 2016.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998.

AGUADO CUDOLÀ, V., “La inactividad de la administración” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “El procedimiento administrativo”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (coords.), *Derecho administrativo*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2016.
- “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, septiembre-diciembre, 2014.

ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, decimocuarta edición, Edisofer, Madrid, 2011.

ALMODÓVAR IÑESTA, M., “Iniciación del procedimiento administrativo común: clases de iniciación”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.) *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ALONSO GARCÍA, M.C., “La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a los daños derivados de leyes inconstitucionales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, enero-abril, 2002.

- “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Gabilex*, núm. extraordinario 2, 2015.

ALONSO IBÁÑEZ, M.R., “Régimen general de la invalidez de los actos administrativos y sus efectos”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coords.), *El alcance de la invalidez de la*

actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

- “El incumplimiento de la obligación de resolver” en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ALONSO MAS, M.J., “La inadmisión del recurso contencioso-administrativo por la falta de aportación del acuerdo para el ejercicio de acciones: el caso de las sociedades con administrador único”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 2017.

- *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ALONSO MAS, M.J. y NARBÓN LÁINEZ, E., *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013.

ALONSO SEGOVIA, B., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en SALA ATIENZA, P. (coord.), *Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia*, Tomo 3, Bosch, Barcelona, 2011.

ÁLVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 659”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

AMARAL-GARCÍA, S., “Daño moral derivado de lesiones” en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015.

ARIAS APARICIO, F., “A propósito de los plazos administrativos, su cómputo y las nuevas reglas fijadas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.

BALLESTEROS MOFFA, “El procedimiento administrativo europeo. La contribución de la justicia europea a la institución” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BAÑO LEÓN, J.M., “Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015”, en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (dirs.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- “La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.

BARCELONA LLOP, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

- “La ejecución forzosa de los actos administrativo: régimen general. La prohibición de acciones posesorias” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017.

- “Las pruebas” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARNÉS, J., “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Derecho PUCP*, núm. 67, 2011.

BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La denuncia en el anteproyecto de ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre, 2015.

- BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Civitas-Thomson, Madrid, 2017.

BEATO ESPEJO, M., “Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos”, *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo, 1992.

BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BERMEJO VERA, J., “El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, 1984.

BERNING PRIETO, A.D., “El documento administrativo electrónico defectuoso, ¿una nueva categoría?”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 5, enero-diciembre, 2018.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Revisión de la categoría de acto administrativo a la luz de la evolución de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, enero, 2012.

- *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

BLANQUER CRIADO, D., “Fiestas populares y espectáculos: libre asunción de riesgos y responsabilidad patrimonial de la Administración” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA

LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1985.

BOCANEGRA SIERRA, R., “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994.

- *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

BOLEA FORADADA, J.A., *Las comunidades de regantes*, 3ª edición, FENACORE, Madrid, 2016.

BOTO ÁLVAREZ, A., “Las partes en el proceso contencioso-administrativo”, en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.), *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- “La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre, 2015.

CADENAS GARCÍA, M.I., “El procedimiento administrativo” en SALA ATIENZA, P. (coord.), *Las instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia*, Tomo 3, Bosch, Barcelona, 2011.

CAMINAL I HOMAR, J., RODRÍGUEZ DE AYSA, M.C. y QUINTANA LÁZARO, M., “Las personas mayores institucionalizadas en residencias asistidas: una propuesta de armonización jurídica para garantizar la atención sanitaria”, en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (dirs.) *Derecho y Salud como Realidades Interactivas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CAMPOS ACUÑA, M.C., “Desistimiento y renuncia”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017.

- “Obligación de resolver. El silencio administrativo. Términos y plazos. Tramitación simplificada” en GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir.), *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2016.

CAMPS MIRABET, N., “El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno”, María PADIAL ALBÁS, A. y TOLDRÀ ROCA, M.D. (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CAMPS POVILL, A., *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996.

CANALS AMETLLER, D., “La prueba en el procedimiento administrativo” en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.

CANO BUESO, J., “Consolidació dels Consells Consultius a Espanya i el seu paper com a garants de l'autonomia”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 39, 2009.

CANO CAMPOS, T., “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto, 2013.

- “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse” “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, *Ponencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 2017.
- “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 201, septiembre-diciembre, 2016.
- “El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la *actio nata*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 210, septiembre-diciembre, 2019.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “La incidencia de la externalización en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en Luis ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), y CANTERO MARTÍNEZ, J. (coord.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

- “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, núm. 286-287, enero-agosto 2010.
- “Obligación de resolver y silencio administrativo” en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.), *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre, 2009.

CARAZO LIÉBANA, M.J. y RUIZ-RICO RUIZ, G., “Derecho a la asistencia letrada y a la gratuidad en la justicia”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARBONELL PORRAS, E., “Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa” en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- “Aproximación a los conceptos de interés colectivo y difuso en derecho administrativo español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, julio-septiembre, 2013.

CARRILLO MORENTE, J.A. y DELGADO PIQUERAS, F., “Terminación del procedimiento administrativo común”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.) *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CASARES MARCOS, A., “Novedades en materia de administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, septiembre, 2016.

- “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASAS BAAMONDE, M.E., “De los derechos y deberes fundamentales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M. y CASAS BAAMONDE, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, Tomo I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

CASTELLS ARTECHE, J.M., “Un aspecto del valor probatorio de los expedientes administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 74, 1974.

CIERCO SEIRA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

- *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.
- “El papel de los titulares de derechos e intereses sobre cosa ajena en la expropiación forzosa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, mayo-agosto, 2012.
- “Los establecimientos de servicios sociales y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.
- “El «nuevo» procedimiento administrativo común”, en VELASCO RICO, C., *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- “La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 145, 2010.
- “Las costas procesales y las tasas judiciales” en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.), *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- “Los informes”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “La subsanación del vicio de indefensión del acto administrativo en vía de recurso: ¿suma y sigue?”, en prensa, 2019.

- “La tramitación del procedimiento administrativo: iniciación, instrucción y finalización”, en MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA HUERVA, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2019.
- “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 152, mayo-agosto, 2000.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963.

COBO OLVERA, T., “El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las administraciones”, 6ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

COBREROS MENDAZONA, E., “Responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión Europea” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CODES CALATRAVA, J.M., “La Administración Institucional tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, junio, 2016.

COLLADO MARTÍNEZ, R.M., “Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, junio, 2016.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2011.

CUETO PÉREZ, M., “Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *Responsabilidad de la administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- “Incidencia de las leyes 39 y 40/2015 en la responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria en supuestos de gestión privada” *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016.

CUÑAT EDO, V., “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 18, julio-diciembre, 2012.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (II). La antijuridicidad. Causas de justificación. El daño”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008.

DE ARCENEGUI, I., “La carga de la prueba y su proposición y admisión en el proceso contencioso-administrativo”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1993

DE DIEGO DÍEZ, A., “La ampliación del plazo máximo para resolver (Ley 39/2015)”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 47, junio, 2018.

DE FUENTES BARDAJÍ (dir.), *Manual de responsabilidad pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Transmisibilidad o intransmisibilidad del derecho a ser indemnizado por la Administración Pública en razón de daños causados por el funcionamiento de servicios públicos”, en BAÑO LEÓN, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

DE PALMA DEL TESO, “La acción social de atención y protección de la infancia y adolescencia en Cataluña”, en EZQUERRA HUERVA, A., *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

- *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DE VICENTE DOMINGO, R., *La inactividad administrativa en la ejecución de actos firmes. Análisis del artículo 29.2 LJCA*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

DÍAZ MADRERA, B., “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de la educación” en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2003.

DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo común y doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.

DÍEZ SASTRE, S., “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

- *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

DOMÉNECH PASCUAL, D., “Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, octubre-diciembre, 2012.

- “La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, marzo, 2005.
- “La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas” en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015.
- “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre, 2010.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Ordenación y tramitación del procedimiento administrativo común”, en VELASCO CABALLERO, F., *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales. La aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “Daño moral derivado de muerte y de lesiones corporales”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015.

D’ORS, A., *Ensayos de teoría política*, Eunsa, Pamplona, 1979.

ESCUSOL BARRA, E. y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., *Derecho procesal administrativo. Procedimiento administrativo y proceso ante los tribunales contencioso-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1995.

ESPÍN TEMPLADO, E., “Capacidad Procesal”, en ESPÍN TEMPLADO, E. (coord.), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “Legitimación”, en ESPÍN TEMPLADO, E. (coord.), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ESTEVE PARDO, E., *Lecciones de derecho administrativo*, 5ª y 6ª eds., Marcial Pons, Madrid, 2015 y 2016.

- “La administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, mayo-agosto, 2015.
- “La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre-diciembre, 2012.

EZQUERRA HUERVA, A., “A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que pueda causar perjuicios a terceros de buena fe”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018.

FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ DIEZMA, J., “Criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de legitimación en el recurso contencioso-administrativo. En especial, la tutela de intereses colectivos”, en SOSPEDRA NAVAS, F.J. (dir.), *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, 2006.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, junio, 2016.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Responsabilidad de las Administraciones Públicas: criterios jurisprudenciales” en ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

- “La prueba” en ESPÍN TEMPLADO, E. (coord.), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. 1, *Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1998.

- “Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015.
- “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades, en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril, 1969.
- “¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FONDEVILA ANTOLÍN, J., “El procedimiento administrativo común: novedades en el régimen jurídico de los principales instrumentos de la e-administración” en GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir.), *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2016.

FONSECA FERRANDIS, F., *Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española. Su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

FONTANA PUIG, A., “Las relaciones interadministrativas en la Ley reguladora de las bases de régimen local”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 235-236, 1987.

FORTES GONZÁLEZ, A.I., “Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 48, mayo-agosto, 1997.

FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Del «derecho a la buena administración» al derecho de la Administración europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 51, 2014.

FUERTES GUIRÓ, F. y RODRIGUEZ FRANCO, A., “Mejora de la calidad en el informe de alta médica en una unidad de cirugía mayor ambulatoria”, *Archivos de Medicina*, Vol. 10, núm. 1:7, 2014.

FUEYO ÁLVAREZ, J.F., “La doctrina de la Administración «de facto»”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, mayo-agosto, 1950.

GAMERO CASADO, E., “La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, enero-marzo, 2016.
- “Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros en la ejecución del contrato”, en GAMERO CASADO, E. (coord.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “La simplificación del procedimiento administrativo: *better regulation, better administration*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2013.
- “Representación y apoderamiento (presencial y electrónico) en el procedimiento administrativo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, mayo-agosto, 2019.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2013 y 2016.

GALLARDO CASTILLO, M.J., *Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, 2016.

- “El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 42, octubre, 2016.
- “El principio *pro actione* y la subsanación de solicitudes”, *Actualidad Administrativa (La Ley)*, Tomo 1, núm. 11, 1-15 junio, 2010.
- “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, septiembre-diciembre, 2006.

- “La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento: una visión crítica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 57, enero-febrero-marzo, 2005.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Instrucción del procedimiento administrativo común” en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.) *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- “Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa *in vigilando* como título de imputación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Capacidad procesal”, en GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. (dirs.), *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., “Las formas de iniciación del procedimiento administrativo sancionador común (artículos 58 a 63 de la LPAC)”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (coords.), *El procedimiento administrativo sancionador*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “La tramitación del procedimiento administrativo sancionador en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común. La prueba en el procedimiento administrativo sancionador (artículos 77 y 78)” en GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (coords.), *El procedimiento administrativo sancionador*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA-ÁLVAREZ, G., “La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en BERMEJO VERA, J. (coord.), *Derecho administrativo. Parte especial*, 6ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

GARCÍA CREMADES, G., *La problemática de la prueba de la responsabilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril, 1993.

- “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 42, septiembre-diciembre, 1963.
- *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Civitas, Cizur Menor, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I y II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, 2015 y 2017.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., “El empleado público como epicentro del buen gobierno”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018.

GARCÍA PÉREZ, M., “El objeto del proceso contencioso administrativo”, en *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Universidad de la Coruña, La Coruña, 1998.

- “El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos”, en MEILÁN GIL, J.L. y GARCÍA PÉREZ, M., *Norma y acto administrativos*, Iustel, Madrid, 2018.

GARCÍA LUENGO, J., “La doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia actual”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1998.

- “¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146.2 de la Ley 30/1992”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, septiembre-diciembre, 1996.
- “Dictamen preceptivo del Consejo de Estado y silencio administrativo negativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 71, 1991.
- “Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 81, 1994.

GARRIDO CUENCA, N.M., “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, enero-marzo, 2018.

GARRIDO FALLA, F., “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto, 1989.

- *Tratado de derecho administrativo*, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- “Eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de procedimiento”, *Revista de Administración Pública*, núm. 26, mayo-agosto, 1958.

GARRIDO JUNCAL, A., “Evaluación y perspectivas de la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018.

- “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 12, octubre-marzo, 2019.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “La protección de los consumidores en el proceso civil español”, Repositorio de la producción académica en abierto de la Universidad Complutense de Madrid, 2005.

GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C., “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del lugar y del tiempo de las actuaciones judiciales (artículos 129 a 136 LEC)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2009.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Prescripción” en SALVADOR CORDERCH, P. (coord.), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 5ª edición, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2016.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., “La actividad de las administraciones públicas”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Prueba” en GIMENO SENDRA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J., MORENO CATENA, V. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. (dirs.), *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 211, 1981.

- *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, Madrid, 2009.
- *Derecho administrativo español. Acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, Barañáin, 1997.
- “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 44-45, 1976.
- “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 45, 1954.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El procedimiento administrativo como presupuesto del proceso administrativo”, en *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.

- “La protección de la juventud y la infancia”, en *Manuel Fraga. Homenaje académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997.
- “La representación de los interesados en la ley de procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967.
- *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 7ª edición, Cizur Menor, 2015.
- “El principio antiformalista de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968.
- *El procedimiento administrativo*, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1964.
- *Manual de derecho procesal administrativo*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- “La terminación anormal del proceso administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 18, septiembre-diciembre, 1955.
- “El cómputo de los plazos por meses o años en el procedimiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, 1994.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Tomo I y II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007 y 2011.

GONZÁLEZ RAMOS, C., “El plazo para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial. ¿Una vuelta a la caducidad? La Sentencia de la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ RÍOS, I., “Reglas generales de ordenación e instrucción de los procedimientos” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La responsabilidad administrativa en los casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, *Revista Española de Derecho Administración*, núm. 123, 2004.

- *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2018.

GÓRRIZ GÓMEZ, B., “El cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, *Diario La Ley*, núm. 7948, octubre, 2012.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 4, junio, 2016.

- “El deber de resolver. Términos y Plazos” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo*

común y régimen jurídico básico del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GRANDE SEARA, P., "Conceptos Generales", en ROMERO PRADA, M.I. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.), *La prueba. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GRAU GRAU, I., *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Bosch, Madrid, 2017.

GRAU SEGURA, J.M., "Novedades introducidas en las Leyes 39 y 40/2015 en el ámbito sancionador", *Revista de Jurisprudencia-El Derecho*, núm. 1, de 1 de marzo de 2016.

GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: Análisis y propuestas legislativas*, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), núm. 170, 2011.

GUILLÉN CARAMÉS, J., "Reflexiones acerca de las acciones colectivas y la protección de los consumidores" en en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

HERNÁNDEZ CLAVERIE, C., "Algunas cuestiones problemáticas sobre la legitimación en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre, 2011.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La terminación del procedimiento administrativo" en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

HORGUÉ BAENA, C., "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre-diciembre, 1998.

HOYOS, J., "La supremacía del signo en el discurso de la medicina", *Affectio Societatis*, Vol. 2, núm. 3, enero 1999.

HUERGO LORA, A., "Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?", en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016

JORDANO FRAGA, F., *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 Cc.)*, Civitas, Madrid, 1996.

LAFUENTE BENACHES, M., *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1991.

LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ, J.C., “Legitimación activa y legitimación pasiva en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre, 2011.

LÓPEZ RAMÓN, F., “La caducidad del procedimiento de oficio”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto, 2014.

LÓPEZ TUBÍA, E.M., “Aspectos jurídicos de la implantación de centros comerciales en los mercados municipales y la protección del medio ambiente y del entorno urbano. La consideración de las razones imperiosas de interés general”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014.

JIMÉNEZ LECHUGA, F.J., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español. Una visión de conjunto*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

JIMÉNEZ PLAZA, M.I., *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004.

JORDANA DE POZAS, L., “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 4, 1951.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto, 2001.

LEGUINA VILLA, J., “La responsabilidad del Estado y de las Entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 92, mayo-agosto, 1980.

- “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y personal a su servicio”, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.), *La nueva ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993.

LEGUINA VILLA, J. y DESDENTADO DAROCA, E., “La protección jurídica del administrado. La responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución y principios actuales”, *Direcção-Geral da Política de Justiça, Informações e Eventos*, 2008.

LEIVA RAMÍREZ, E. y ALONSO GARCÍA, M.C., “La responsabilidad patrimonial del legislador”, *Administración&Desarrollo*, 40, núm.55, enero-junio, 2012.

LINDE PANIAGUA, E., *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*, Colex, San Fernando de Henares, 2012.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Concepto y funcionalidad de la noción de «interesado» en el ámbito del derecho administrativo español”, en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

LÓPEZ MENUDO, F., “Naturaleza y significación general de la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993.

- “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, septiembre-diciembre, 1992.

MACIÀ GOMEZÍ, R., “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 36, 2010.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., “La protección de derechos fundamentales concretos de personas menores de edad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MANZANO SALCEDO, A., *La prueba en el procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 2013.

MARALET GARCIA, E., “Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.

- “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril, 1998.

MARINA JALVO, B., “Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-I, septiembre-diciembre, 2017.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, J.L., “El contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40/2015”, en VELASCO RICO, C. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

MARTÍ DEL MORAL, A., “La legitimación ambiental por intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa” en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MARTÍN-CASALS, M., “Conceptos prejudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril, 2013.

MARTÍN DELGADO, I., “La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública”, en LÓPEZ MENUDO, F., *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

MARTÍN PÉREZ, J.A., “659”, en CAÑIZARES LAZO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Vol. II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.

MARTÍN REBOLLO, L., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

- “Medios procesales de efectividad de la responsabilidad civil de la Administración (Los problemas derivados de las diferentes vías jurisdiccionales de exigencia de la responsabilidad)”, en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005.
- “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.
- “Análisis de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2015.
- “La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos ‘procedimientos comunes especializados’” en LÓPEZ MENUDO, F., *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y del régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Libertad artística y de expresión y protección de la infancia y juventud”, en *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre «el procedimiento administrativo común»”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto, 1993.

- “De las Comunidades de Regantes a las Comunidades de Usuarios de las aguas públicas. Reflexiones sobre el tema de su personalidad jurídica”, *Autonomías*, núm. 21, diciembre, 1996.
- “De la simplificación de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 147, septiembre-diciembre, 1998.

MASUCCI, A., “Innovación administrativa y administración digital. La iniciación del procedimiento administrativo por la vía telemática en la experiencia italiana”, *Dereito Monográfico: Estudios sobre la modernización administrativa*, núm. 177-200, 2011.

MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

- “El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana” en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- “La proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre la actividad administrativa”, en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (dirs.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015.
- “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016.

MEDINA CRESPO, M., “Los daños: tipología y valoración”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre, 2011.

MEILÁN GIL, J.L., “La aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, en la obra, *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001.

- “La buena Administración como institución jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre, 2013.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., *Garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Las luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., “Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial” en ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

- “Veinte años no es nada: la oportunidad perdida con la nueva Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- “Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración”, en ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio, 2003.
- *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a la información pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2019.

- “El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 55, diciembre, 2017.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

MIR PUIGPELAT, O., SCHNEIDER, J.P., HOFMANN, H., ZILLER, J. y otros (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

MOLTÓ DARNER, J.M., “La prueba pericial en lo contencioso-administrativo”, en MONTORO CHINER, M.J. (coord.), *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en MONTERO AROCA, J. (dir.), *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

MONTORO CHINER, M.J., “La responsabilidad de las administraciones públicas en la ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, *Autonomías*, núm. 16, 1993.

- “Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos”, *Documentación Administrativa*, núms. 256-266, enero-agosto, 2003.

MORENILLA ALLARD, P., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Edijus, Madrid, 1997.

MORENO FUENTES, R., “Legitimación versus participación: dos ejemplos contradictorios en el derecho positivo con ocasión de la defensa de intereses colectivos”, en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (dirs.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015.

- “La legitimación en defensa de intereses colectivos en la legislación de extranjería”, en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MORELL OCAÑA, L., “El principio de jerarquía de la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la «fidelitas» personal”, *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo, 1992.

MOREU CARBONELL, E., “El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa” en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.), *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MUGA MUÑOZ, J.L., “El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 152, mayo-agosto, 2000.

- “Cuestiones diversas sobre el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración” en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (dirs.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015.

MUÑOZ GUIJOSA, M.A., “Sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero-marzo, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. IV, Iustel, Madrid, 2011.

- “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre-diciembre, 1977.
- *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

NAVARRO GONZÁLEZ, R., “La motivación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico español”, *Federalismi.it*, núm. 14, julio, 2017.

- *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- “La motivación de los actos administrativos” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

NAVARRO-MICHEL, M., “Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. Comentario a la STS de 20 de octubre de 2015”, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37, 2016.

NAVARRO MUNUERA, A.E., “La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas” en TORNOS MAS, J. (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.

NETTEL BARRERA, A.C., “El objeto del recurso contencioso administrativo” en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.), *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NIETO GARCÍA, A., “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37, enero-abril, 1962.

- “La jerarquía administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo, 1992.

NOYA FERREIRO, M.L., “La valoración de la prueba” en ROMERO PRADA, M.I. y GONZÁLEZ CANO, M.I. (coords.), *La prueba. La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OLIVÁN DEL CACHO, J., “El procedimiento contencioso-administrativo ordinario” en EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.), *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PALAO TABOADA, C., “La prueba en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, abril-junio, 2014.

PALOMAR OLMEDA, A., *El procedimiento administrativo*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

- “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *Anuario Derecho Civil*, Vol. 36, núm. 4, 1983.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. y BACIGALUPO SAGGESE, M., “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, Cortes Generales-Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1985.

PAREJO ALFONSO, L., “Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007.

- *Lecciones de derecho administrativo*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PAVEL, E.V., “Licencias deportivas y menores: el derecho de retención y su (in)compatibilidad con el régimen de protección jurídica del menor”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 41, 2018.

PAVELEK ZAMORA, E., “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista de derecho de los seguros privados*, vol. 4, núm. 3-4, 1997.

PEMÁN GAVÍN, J., “Algunas manifestaciones del principio «pro actione» en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Derecho a la tutela judicial efectiva y acceso al fondo de las cuestiones planteadas por los recurrentes)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 104, mayo-agosto, 1984.

- “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público”, *Documentación Administrativa*, 1994.

PEÑALVER CABRÉ, A., “Capacidad e interesados en el procedimiento administrativo” en TORNOS MAS, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.

- “Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, enero-abril, 2013.

PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, 6ª edición, Bosch, Barcelona, 1998.

PÉREZ ANDRÉS, A.A., “Los interesados en el procedimiento administrativo” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ CONEJO, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales. Estudio específico de la legitimación ‘difusa’ en el proceso contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

- PONCE SOLÉ, J., “Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, en *Instituto Nacional de Administración Pública* (versión electrónica), estudios y comentarios, enero, 2017.
- “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, febrero, 2016.

PRIETO DE PAULA, J.M. y FRANCO HIDALGO, S., “Reflexiones sobre el «conjunto mínimo de datos» de los informes clínicos”, *Revista Clínica Española*, núm. 212 (2), 2012.

QUINTANILLA NAVARRO, M., *El derecho de audiencia en la doctrina legal del Consejo de Estado*, Dykinson, Madrid, 2007.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del derecho penal*, 4ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

RAMÓN SIERRA, F.J., “La posición de las entidades aseguradoras en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tras la reforma operada por la

ley orgánica 19/2.003, de 23 de diciembre. Análisis jurisprudencial y consecuencias prácticas”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 42, septiembre, 2007.

RAMOS GONZÁLEZ, S., “Daño”, en SALVADOR CORDERCH, P. (coord.), *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 5ª edición, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2016.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El silencio administrativo en la Ley 39/2015 desde la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 70/2018, de 21 de junio)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, enero-abril, 2019.

REBOLLO PUIG, M., “Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, julio-diciembre, 2011.

- “La reclamación de la indemnización”, en CASARES MARCOS A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (coords.), *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”, *Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, enero-junio, 2000.
- “Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la ley 39/2015 de procedimiento administrativo común” en GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir.), *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2016.
- “La actividad de inspección”, en CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Vol. III, Iustel, Madrid, 2009.
- “La invalidez del acto administrativo” en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (coords.), *Derecho administrativo*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2016.

REPRESA POLO, M.P., “Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, mayo, 2009.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L., “Las corporaciones de derecho público en el proceso contencioso-administrativo”, en REQUERO IBÁÑEZ, J.L. (dir.), *Los colegios profesionales. Administración corporativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

REYES MONTERREAL, J.M., “Reconocimiento de la personalidad por la administración y la posterior impugnación por esta en vía contenciosa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre, 1983.

RICO GÓMEZ, J.I., “El expediente administrativo y el proceso administrativo: un análisis de jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 71, 1991.

RIVERO ORTEGA, R., “La estructura del procedimiento administrativo: principales novedades en la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, en GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir.), *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015:*

reflexiones y claves para su aplicación, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2016.

- *El expediente administrativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- “La obligación de resolver”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RIVERO YSREN, E., “Las relaciones interadministrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 80, 1976.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L., “Instrucción del procedimiento. Finalización del procedimiento. De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común. Ejecución” en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La nueva ley del procedimiento administrativo común*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190, enero-abril, 2013.

RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: cuestiones generales”, *Diario La Ley*, núm. 8841, 2016.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril, 2015.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 208, enero-abril, 2019.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, C.M., “Reflexiones críticas a la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: la nueva tramitación simplificada del procedimiento”, *Gabilex*, núm. 9, marzo, 2017.

RODRÍGUEZ VILLAR, B., “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, junio, 2016.

ROMERO REY, C., “Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la anulación jurisdiccional de un acto o disposición administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2011.

ROSA MORENO, J., “Los sujetos del procedimiento administrativo común (los interesados): capacidad, legitimación y actuación”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.), *El procedimiento administrativo común*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROYO VILLANOVA, S., “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949.

RÜHLE, V., “La insistencia de la muerte en la vida: Hegel después de Heidegger”, *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, II Época, núm. 4, 2009.

SAINZ MORENO, F., “Sobre el interés público y la legalidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977.

SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RUBÍ PUIG, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., y TERRA IBÁÑEZ, A., “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 de Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2011.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., “Capítulo III del Curso de Derecho Administrativo. 2ª edición. Madrid, 1888”, republicado en *Documentación Administrativa*, núm. 229, enero-marzo, 1992.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 58, enero-abril, 1969.

- *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II, 4ª edición, Iustel, Madrid, 2016.
- Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre, 2005.
- “Reformas incompletas, proyectos de futuro: El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, junio-2016.

SANZ RUBIALES, Í. “Refuerzo competencial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario 1, 2006.

SERRANO GUIRADO, E., “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril, 1951.

TARDÍO PATO, J.A., “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 38, 2004.

- “Alegaciones, audiencia y participación de los interesados” en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores*

de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

- “El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, mayo-agosto, 2006.
- “Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 298, 2005.

TESO GAMELLA, M.P., “Acumulación” en ESPÍN TEMPLADO, E. (coord.), *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 44, junio, 2017.

THOUS TUSET, C., “La huelga salvaje de los controladores aéreos durante el puente de la Inmaculada del 2010 desde el Análisis Transaccional”, *Revista de Análisis Transaccional y Psicología Humanista*, núm. 65, 2011.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “El valor probatorio del expediente administrativo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero, 2011.

TORNOS MAS, J., “Vía previa y garantías de los administrados”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Manual de Derecho administrativo. Parte General*, Atelier, Barcelona, 2013.

VALENCIA MARTÍN, G., “Ordenación del procedimiento administrativo común y responsabilidad de la tramitación”, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coord.) *El procedimiento administrativo común*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

VALERO TORRIJOS, J., “La reforma de la administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.

VELASCO RICO, C., “Novedades en materia de Administración electrónica”, en VELASCO RICO, C., *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

VICENTE DOMINGO, E., “El daño”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J.M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

VIDAL MARTÍN, T., “Sobre la nueva causa potestativa de suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar, regulada en el artículo 22.1 g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 25, enero-junio, 2016.

VILLAR ROJAS, F.J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones”, VIII Congreso Derecho y Salud, *Nuevas perspectivas de la responsabilidad*, Santiago de Compostela, noviembre, 1999.

YÁÑEZ VIVERO, F., “La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General*, Dikynson, Madrid, 2015.

- “Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual”, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015)”, en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 57, primer trimestre, 2016.

ZAMBONINO PULITO, M., “Iniciación del procedimiento administrativo”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), FERNÁNDEZ RAMOS, S. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- *El deber de la Administración de no resolver materialmente el procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ZAPATERO GAVIRIA, A., “¿Por qué es importante el informe médico de alta?”, *Revista Clínica Española*, núm. 210 (7), 2010.

