
Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial*

Héctor IGLESIAS SEVILLANO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1225-2478

Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa; responsabilidad patrimonial de la Administración; justicia administrativa, responsabilidad patrimonial del legislador.

Keywords: judicial review of administrative action; state liability; administrative justice, state liability for legislative action.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 2.1. Novedades normativas. 2.2. Jurisprudencia destacada: 2.2.1. Sobre el contenido del expediente administrativo y el acceso a la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa. 2.2.2. Sobre actuaciones impugnables. Notificaciones de embargos. 2.2.3. Sobre la distinción entre inactividad administrativa, silencio positivo y negativo y el mero incumplimiento en la emisión de un informe. 2.2.4. Terminación del procedimiento y función del recurso de casación. 2.2.5. Cuantía del procedimiento contencioso-administrativo. 2.2.6. Condición de interesada y legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de un acto administrativo municipal. 2.2.7. Sobre el objeto de impugnación

* Fecha de finalización del trabajo: 31 de marzo de 2024.

Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto «La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función (PID2020-115714GB-I00)», financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor es también secretario del CEUTA Pablo de Olavide-UAM, dirigido por Jorge Agudo González.

y la preclusividad de los plazos procesales. 2.2.8. Sobre el art. 33.2 LJCA. 2.3. Contribuciones doctrinales.—3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Novedades normativas. 3.2. Jurisprudencia destacada: 3.2.1. Responsabilidad patrimonial y acto legislativo en el ámbito tributario. 3.2.2. Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el Real Decreto 463/2020. 3.2.3. Error de hecho y mayoría de edad. 3.2.4. Responsabilidad por daños físicos y morales sufridos en el ejercicio de una actividad funcional y pérdida de oportunidad. 3.3. Aportaciones doctrinales.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este informe es resumir las principales novedades normativas, jurisprudenciales y doctrinales que se han producido a lo largo del año 2023 en materia de jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Sobre la mesa constan varios asuntos clave que, durante el presente año, afectan a ambas materias. Tras el protagonismo indudable que en los últimos dos años manifestó la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la covid-19 y la respuesta normativa de los poderes públicos y su aplicación y control jurisprudencial, da la sensación de que regresan los cauces normales del debate administrativo a los temas clásicos de esta jurisdicción, con importantes excepciones desde luego, donde destaca la *STC 70/2022*. Así y como se relata a continuación, se han producido numerosos desarrollos normativos y jurisprudenciales ajenos a la crisis, de gran relevancia para los dos temas cubiertos en este informe, sin que aquella deje desde luego de estar todavía presente en los principales foros doctrinales judiciales y académicos.

2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

2.1. Novedades normativas

En el ámbito de las novedades normativas, el 2023 ha sido un año importante y quizá azaroso para la jurisdicción contencioso administrativa, tanto en lo que respecta a la intervención legislativa, como mediante diversos pronunciamientos del TC.

En primer lugar, en lo que respecta a las modificaciones legislativas, en el año 2023 se han sucedido hasta cuatro grandes modificaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La primera de estas modificaciones fue operada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que modificó los arts. 19 y 60 LJCA. Esta modificación, de la que ya dimos cuenta en el Informe anterior, por haber sucedido en el primer semestre de 2023, introduce —conviene recordar ahora— una vía de legitimación procesal contencioso-administrativa adicional a las ya existentes, mediante un inciso *j*) al art. 19.1. La modificación alcanza también el art. 60.7 LJCA por cuanto invierte la carga de la prueba en determinados casos de discriminación sexual.

No obstante, no terminan aquí las modificaciones operadas en la Ley 29/1998 en el año 2023, y de hecho se han producido varias modificaciones más, algunas verdaderamente sustanciales. En primer lugar, una norma de largo título, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ha venido a modificar, con efectos desde el 29 de julio de 2023, varias disposiciones relevantes de la Ley 29/1998, incluyendo los arts. 37, 56, 88 a 90, y 94, en lo que constituye una auténtica reforma del recurso de casación contencioso-administrativo. En primer lugar, la modificación del art. 37 LJCA introduce la posibilidad de tramitar preferentemente determinados recursos, en caso de que no hayan sido previamente acumulados por el órgano jurisdiccional. Así, la versión actualmente vigente de esta norma reza como sigue: «2. Cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, tramitará uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás, en el estado en que se encuentren, hasta que se dicte sentencia en los primeros. En caso de que esa pluralidad de recursos con idéntico objeto pudiera, a su vez, agruparse por categorías o grupos que planteen una controversia sustancialmente análoga, el órgano jurisdiccional, si no se hubieran acumulado, tramitará uno o varios de cada grupo o categoría con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás en el estado en que se encuentren hasta que se dicte sentencia en los tramitados preferentemente para cada grupo o categoría».

En segundo lugar, el nuevo art. 56.5 LJCA se presenta una novedosa técnica, por cuanto permite la suspensión de un recurso contencioso-administrativo en primera instancia siempre que, ante el TS, se haya admitido a trámite un recurso de casación con igual objeto: «5. Presentados los escritos de demanda y contestación, si un juzgado o tribunal, en cualquier momento anterior a dictar sentencia, tuviese conocimiento, por cualquier medio, de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación que presenta una identidad jurídica sustancial con la cuestión debatida en el recurso del que está conociendo, oír a las partes personadas por el plazo común de diez días sobre su posible suspensión, adjuntándoles copia del referido auto. Una vez presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo, si el juzgado o tribunal apreciase una identidad jurídica sustancial y que la resolución que se dicte en casación puede resultar relevante para resolver el procedimiento, acordará la suspensión hasta que se dicte resolución firme en el recurso de casación. Contra el auto que resuelva sobre la suspensión no cabrá recurso alguno. El auto que acuerde la suspensión se remitirá a la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo indicada en el auto de admisión, que, a su vez, remitirá testimonio de la

sentencia que recaiga en el recurso de casación al juzgado o tribunal remitente. Recibido el testimonio de la sentencia del recurso de casación, el juzgado o tribunal alzará la suspensión y dará un nuevo trámite de audiencia a las partes personadas, por plazo común de diez días, a fin de que aleguen sobre la incidencia que dicho pronunciamiento tiene para resolver el recurso. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo conferido, se continuará la tramitación del procedimiento en el momento en que se encontrare antes de la suspensión, salvo que las partes desistan del recurso o se allanen, en cuyo caso el juzgado o tribunal resolverá lo procedente». Atiéndase a que ambos preceptos se rigen en su aplicación por la DT 10.2 del mencionado Real Decreto-ley 5/2023, que aclara que: «Las modificaciones del apartado 2 del art. 37 y del apartado 5 del art. 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, serán de aplicación a todos los procedimientos en trámite en los que no se haya dictado sentencia a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley».

En el art. 88 se introduce una modificación en una de las causas legales de reconocimiento de interés casacional objetivo en los recursos de casación contencioso-administrativa, en particular, en su art. 88.3.b): «Cuando dicha resolución se aparte de la jurisprudencia existente de modo deliberado por considerarla errónea o de modo inmotivado pese a haber sido citada en el debate o ser doctrina asentada». Desde luego, esta modificación sugiere que no son pocos los casos de pertinacia de algunos órganos jurisdiccionales, y es un acicate importante para garantizar la eficacia del recurso de casación contencioso-administrativa. En el art. 89.5 LJCA se reduce el plazo de comparecencia de las partes ante la Sala 3.^a del TS de treinta a quince días. El art. 90.1 LJCA incluye de nuevo una reducción del plazo de audiencia excepcional, que anteriormente era de treinta días y queda ahora en veinte días. Importante también es la modificación del art. 90.3.a) LJCA que, en su redacción actual y operando un cambio sustancial y relevante, exige que la providencia de inadmisión del recurso de casación contencioso-administrativo por el TS sea ahora «sucintamente motivada»: «a) En los supuestos del apartado 2 del art. 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia sucintamente motivada, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el art. 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado».

Significativo es que se incluye un nuevo art. 94 LJCA, antes suprimido, que recoge un modelo de tramitación preferente de uno o varios recursos de casación contencioso-administrativos y suspensión de los demás que se consideren «sustancialmente iguales», en términos relativamente similares a los que hemos visto en el nuevo art. 56.5 LJCA, pero ya en sede del TS. La nueva norma dice así: «1. Cuando por la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se constate la existencia de un gran número de recursos que susciten una cuestión jurídica sustancialmente igual, podrá acordar la admisión de uno o varios de ellos, cuando cumplan las exigencias impuestas en el art. 89.2 y presenten interés casacional objetivo, para su tramitación y

resolución preferente, suspendiendo el trámite de admisión de los demás hasta que se dicte sentencia en el primero o primeros. 2. Una vez dictada sentencia de fondo se llevará testimonio de esta a los recursos suspendidos y se notificará a los interesados afectados por la suspensión, dándoles un plazo de alegaciones de diez días a fin de que puedan interesar la continuación del trámite de su recurso de casación, o bien desistir del mismo. En caso de que interesen la continuación valorarán la incidencia que la sentencia de fondo dictada por el TS tiene sobre su recurso. 3. Efectuadas dichas alegaciones y cuando no se hubiera producido el desistimiento, si la sentencia impugnada en casación resulta coincidente, en su fallo y razón de decidir, con lo resuelto por la sentencia o sentencias del TS, se inadmitirán por providencia los recursos de casación pendientes. Por el contrario, si la sentencia impugnada en casación no resulta coincidente, en su fallo y razón de decidir, con lo resuelto por la sentencia o sentencias del TS, se dictará auto de admisión y se remitirá el conocimiento del asunto a la Sección correspondiente, siempre que el escrito de preparación cumpla las exigencias impuestas en el art. 89.2 y presente interés casacional objetivo. 4. Remitidas las actuaciones, la Sección resolverá si continua con la tramitación prevista en el art. 92 o si dicta sentencia sin más trámite, remitiéndose a lo acordado en la sentencia de referencia y adoptando los demás pronunciamientos que considere necesarios».

De nuevo hay que atender aquí a la DT 10 del Real Decreto-ley 5/2023, en este caso en su inciso 3, que establece la siguiente regla de aplicabilidad de la norma: «3. El régimen del recurso de casación contencioso-administrativo establecido en este real decreto-ley será de aplicación a las resoluciones de los juzgados y tribunales de ese orden que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor. La modificación del art. 94 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, será de aplicación a los recursos de casación que se hubieran preparado y estuvieran pendientes de admisión a la entrada en vigor de este real decreto-ley. A estos efectos, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión del trámite de admisión de estos recursos en atención a cualquiera de los recursos de casación que ya se hubieran admitido antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley, que se declararán de tramitación y resolución preferente por concurrir los requisitos del citado art. 94». Obsérvese, en todo caso, el apremio que transmite el mecanismo elegido por el legislador de urgencia de aplicar la modificación con una retroactividad relativa.

En resumen, se trata de toda una serie de modificaciones procesales que afectan especialmente al recurso de casación contencioso-administrativo, y que modifican en varios puntos la dinámica de este trámite, especialmente, introduciendo mecanismos de suspensión de los recursos sustancialmente iguales.

De nuevo, el legislador de urgencia consideró conveniente introducir modificaciones relevantes a la LJCA en una norma posterior, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En este caso, la entrada en vigor se pospone hasta el 20 de marzo de 2024, y quizá la norma que mejor expone las peculiaridades de

esta variada reforma sea la DA 11 que esta misma norma introduce, según la cual: «Todas las referencias al expediente administrativo contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se entenderán hechas al expediente administrativo en soporte electrónico». Efectivamente, mucho de lo que se introduce en esta reforma tiene que ver precisamente con el expediente administrativo, y en particular con su soporte electrónico. En total, se incluyen hasta 32 modificaciones, que sería tedioso desgranar aquí una por una. Hemos obviado aquí las meramente nominales, en particular todas aquellas que sustituyen las referencias al secretario judicial por letrado de la Administración de Justicia, o recurso de súplica por recurso de reposición, o las que adaptan las referencias al expediente administrativo al expediente administrativo electrónico, por ejemplo, el art. 127.3 y 4 LJCA.

En todo caso, valgan algunas referencias claves. Algunas afectan a las mismas bases del procedimiento. Por ejemplo, tenemos el caso del art. 5 LJCA, que queda redactado en los siguientes términos, con atención a la profunda modificación de su inciso tercero: «Art. 5.3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, si la nueva demanda que se formule ante el juzgado o tribunal competente del orden jurisdiccional indicado en la referida resolución se presenta en el plazo de un mes desde que fuera notificada, se entenderá presentada en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si se hubiere formulado este siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o esta fuese defectuosa. Al objeto de acreditar tales extremos la parte interesada podrá solicitar testimonio de los particulares necesarios al órgano judicial que haya dictado la resolución a que se refiere el apartado anterior». Esta generosa regla sobre notificación defectuosa flexibiliza las consecuencias negativas que, para el particular, tiene su recepción. Pero no es la única modificación de calado. De nuevo, en cuanto a la competencia territorial y funcional, reza el nuevo art. 7.3 LJCA que: «3. La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso, con emplazamiento a las partes para que en el plazo de diez días comparezcan ante el mismo. Si la competencia pudiera corresponder a un tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva este». Hay que poner, a su vez, ambos preceptos en relación con el nuevo art. 59.4 LJCA.

Los arts. 23.4, 47.1 o 48.4, entre otros, recogen reglas que facilitan la implantación del formato electrónico tanto de los recursos y resoluciones judiciales como, especialmente, del expediente, y así establece este último precepto: «4. El expediente se enviará completo, en soporte electrónico, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. Al remitir el expediente, la Administración deberá identificar al órgano responsable del cumplimiento de la resolución judicial. Si el expediente fuera reclamado por varios juzgados o tribunales, la Administración enviará copias en soporte electrónico del mismo, que deberán reunir los requisitos anteriormente expresados». Claro es a este respecto el nuevo art. 48.11 LJCA: «11. La Administración remitirá el expediente electrónicamente,

utilizando, a tal efecto, los sistemas de interoperabilidad que resulten aplicables, al objeto de que el expediente administrativo en soporte electrónico así remitido quede automáticamente integrado en los sistemas de gestión procesal correspondientes». Pero quizá la norma más famosa de esta reforma haya sido el art. 52 LJCA que, en la misma línea, queda redactado en los siguientes términos: «1. Recibido el expediente administrativo en soporte electrónico en el juzgado o tribunal y comprobados, y en su caso completados, los emplazamientos, por el letrado o letrada de la Administración de Justicia se acordará su incorporación a los autos en ese mismo soporte y su entrega al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días, salvo que concurra alguno de los supuestos del art. 51, en cuyo caso dará cuenta al tribunal para que resuelva lo que proceda. Cuando los recurrentes fuesen varios, y aunque no actuasen bajo una misma dirección, la demanda se formulará simultáneamente por todos ellos. La entrega del expediente a las partes se efectuará mediante su remisión por vía telemática al tiempo de notificar la resolución en que así se disponga o a través del punto de acceso electrónico al expediente judicial».

Muy polémica ha sido la solución que el legislador ha dado a la solicitud de parte en el proceso contencioso-administrativo para que se complete el expediente y su relación con el cómputo de plazos que, en caso de denegarse tal solicitud, «se reanudará» salvo que —discrecionalmente— el Letrado de la Administración de Justicia decida lo contrario, así en el actual art. 55 LJCA: «2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior suspenderá el curso del plazo correspondiente. 3. El letrado o letrada de la Administración de Justicia resolverá lo pertinente en el plazo de tres días. Si acepta la solicitud y esta se hubiera formulado dentro de los diez primeros días del plazo para formular la demanda o la contestación, el plazo se reiniciará una vez el expediente completo remitido por la Administración se haya puesto a disposición de la parte solicitante. Si rechazara la solicitud o si, aun aceptándola, esta se hubiera presentado una vez transcurridos los diez primeros días antes referidos, el cómputo del plazo simplemente se reanudará, salvo que, en este último caso, el letrado o letrada de la Administración de Justicia considere oportuno que el plazo se reinicie atendido el volumen o la importancia para la causa de los documentos añadidos.

En ningún caso el plazo se reiniciará cuando la solicitud de complemento la hubiera formulado la Administración demandada. La Administración, al remitir de nuevo el expediente, deberá indicar en el índice a que se refiere el art. 48.4 los documentos que se han adicionado».

Hay también espacio, en el art. 60.8 LJCA, para una remisión a la nueva regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el procedimiento por videoconferencia, y así también los arts. 63.3 y 4 y 77.4 LJCA introducen mecanismos para la celebración de actos procesales por vía electrónica. Importante es la nueva posibilidad de recurrir *siempre* en apelación, en virtud del art. 81.2.e) LJCA: «Las [sentencias] que, con independencia de la cuantía del procedimiento, sean susceptibles de extensión de efectos». No es baladí tampoco que el art. 102 *bis* LJCA recoja ahora un recurso de revisión residenciable ante el juez contra los decretos del secretario judicial, tras

la declaración de inconstitucionalidad de su precedente —que expresamente recogía que no cabría recurso— por la STC 58/2016, de 17 de marzo. La redacción actual del precepto dice así: «2. Cabrá recurso de revisión ante el juez, la jueza o el tribunal contra el decreto resolutivo de la reposición y recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dichos recursos carecerán de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea».

En cuanto a la ejecución, que tantas polémicas jurisprudenciales y doctrinales ha suscitado en los últimos años, tal y como recogimos en anteriores ediciones de este Informe, se formulan algunos cambios que, de nuevo, no terminan de entrar plenamente en lo sustantivo de la institución, y se centra fundamentalmente en reforzar las potestades ejercidas por los letrados de la Administración de Justicia. De entrada, se insiste en la definición de la ejecución de las sentencias «y demás títulos ejecutivos adoptados en el proceso» del orden jurisdiccional contencioso-administrativo como «exclusiva» de los jueces y tribunales de este mismo orden jurisdiccional (art. 103.1 LJCA).

Mas significativa es la reforma del art. 139.4 LJCA en lo que se refiere al cómputo de las costas en los procesos contencioso-administrativos de cuantía indeterminada. La regla establecida ahora es la siguiente: «4. En primera o única instancia, la parte condenada en costas estará obligada a pagar una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los favorecidos por esa condena; a estos solos efectos, las pretensiones de cuantía indeterminada se valorarán en 18.000 euros, salvo que, por razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga razonadamente otra cosa. En los recursos, y sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, la imposición de costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima». Es importante tener en cuenta que esta reforma de las costas procesales se aparta mucho de la práctica de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en los procesos de cuantía indeterminada. La preocupación de esta reforma, recuérdese, inserta en un real decreto-ley, es que la subida de las costas judiciales se traduzca precisamente en un desincentivo al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa.

La DA 4.^a incluye una regla de recurso especial en su apartado 5, que ahora comprende: «Los actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades, Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI, y Secciones 1.^a y 2.^a de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

2.2. Jurisprudencia destacada

2.2.1. *Sobre el contenido del expediente administrativo y el acceso a la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa*

La STS 2967/2023, Sala 3.^a, Sección 2.^a, de 22 de junio, rec. cas. 6360/2020, ponente: Toledano Cantero, plantea una interesante cuestión sobre la extensión del contenido del expediente administrativo, además de incorporar varias reflexiones relevantes sobre el acceso a la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Se trata de un recurso de casación en el que se impugna la Sentencia 893/2020, de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, desestimatoria del recurso núm. 1823/2018 interpuesto contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana que, a su vez, desestimó diversas reclamaciones formuladas frente a los acuerdos de alteración de la descripción catastral de los inmuebles titularidad de los recurrentes.

Los hechos eran, sustancialmente, los siguientes. El 11 de octubre de 2007, el director general del Catastro, tras la tramitación del oportuno expediente, dictó resolución por la que se aprobó la Ponencia de Valores total de los bienes inmuebles objeto de litigio. Esta resolución, en lo que nos interesa, fue confirmada por la Resolución de 29 de enero de 2008, desestimatoria del recurso de reposición. La sucesiva vía contencioso-administrativa residenciada ante la Audiencia Nacional confirmó también la validez de la ponencia de valores, desestimando el recurso contencioso-administrativo por Sentencia de 19 de noviembre de 2013 (rec. núm. 532/2010). Posteriormente, la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante (la gerencia competente territorialmente) notificó individualmente de los valores catastrales a los distintos titulares de bienes correspondientes. Varios de estos titulares interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya Sección 3.^a resolvió el 10 de junio de 2013, dictando sentencia en el recurso núm. 1353/2010, interpuesto por la mercantil Promociones Maisa, S. L., que será luego recurrida en casación. Anulando la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia, que había desestimado la reclamación contra la notificación individual de los valores catastrales efectuada por la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante correspondientes a diecisiete inmuebles propiedad de la mercantil actora, que traían su causa de la citada ponencia de valores, el órgano jurisdiccional afirmó que: «La inexistencia de tal estudio de mercado es causa más que suficiente para la estimación del recurso en los términos explicitados en el precedente fundamento jurídico; siendo que, en definitiva y conclusión, las carencias de motivación y justificación que se localizan en la esencia de las decisiones con relevancia valorativa de la Ponencia de Valores de que aquí se trata [...] conducen, inexorablemente o sin remisión, a las consecuencia anulatorias que se expresarán en el fallo de esta sentencia».

A partir de esta resolución, el TS se plantea las siguientes cuestiones de interés casacional objetivo: «2.1. Determinar si la Ponencia de Valores, así como el estudio de

mercado, son documentos que deben formar parte de los expedientes de alteración de la descripción catastral. 2.2. Aclarar si el demandante puede en el escrito de conclusiones efectuar alegaciones y aportar nuevos documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes que tengan por objeto desvirtuar los hechos aducidos en la contestación a la demanda, en aquellos supuestos en los que del escrito de contestación resultaren nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito al haber aportado prueba la administración demandada, hechos que el recurrente pretende desvirtuar mediante la aportación de cualquier medio de prueba a su alcance».

Ambas cuestiones resultaban de especial interés si se tiene en cuenta que, como punto de partida, la sentencia se dicta en un contexto en el que se está perfilando legislativamente, dentro de un debate doctrinal más amplio, la figura del expediente administrativo, no sólo en su manifestación de expediente electrónico (como hemos visto, el modelo que ha introducido ya el legislador) sino también como concepto bien caracterizado del Derecho administrativo. En este sentido, para abrirse camino, en la jurisprudencia del TS, un concepto relativamente estricto o restringido de expediente, en el que la norma general parece que consiste en que se considere que forman parte de este sólo aquellos documentos que, formando parte del procedimiento administrativo de adopción de la resolución, constituyen cauce formal de toma de conocimiento que justifica la declaración de voluntad administrativa, y que a su vez tienen auténtica relevancia en la formación de esa declaración de voluntad. Esto permite excluir del expediente determinados documentos de segundo nivel (por ejemplo, notas manuscritas informales que consten en manos de los funcionarios que han adoptado la decisión) pero también otros documentos que gozan de un alto grado de formalidad, pero que no resultan del propio procedimiento. Esta limitación, desde luego, debe ser correlativa con un mecanismo viable y efectivo de proposición de prueba en la vía contencioso-administrativa, que permita a estos documentos, excluidos del expediente, acceder al proceso al menos so carga de la prueba del recurrente, de manera que puedan ser tenidos en cuenta en la resolución judicial.

El TS se enfrenta a este problema de forma directa, pero hay que tener en cuenta, para poner su resolución en contexto, el primer punto de partida procesal, y es que «en el procedimiento no consta que la parte actora solicitase la ampliación del expediente administrativo por considerar incompleto el mismo por ausencia del estudio de mercado o de la ponencia de valores. Tampoco solicitó el recibimiento del pleito a prueba» (FJ 3.º4.). Así, resulta que fue el propio Abogado del Estado quien aportó, en este caso, la ponencia de valores y el estudio de mercado en su contestación a la demanda, dando lugar a que los recurrentes efectuaran alegaciones a ambos documentos, proponiendo además nueva prueba.

En estos términos, el recurso no tenía, en este caso, visos de prosperar, ni por la primera cuestión de interés casacional ni —quizá especialmente— por la segunda. Así de contundente se muestra el TS: «Que la ponencia de valores haya de ser aplicada para la determinación del valor catastral de los bienes, también en los casos de alteración o modificación que afecte a su descripción catastral, no implica que el documento integrante de la ponencia de valores en sí misma, ni tampoco el estudio de mercado, hayan

de integrar el expediente administrativo formado con ocasión del expediente de alteración de la descripción catastral de un inmueble y su correspondiente valoración. Son procedimientos distintos, en los que la ponencia de valores es objeto de aplicación pero no constituye su objeto. Todo ello sin perjuicio de que, impugnado jurisdiccionalmente el acuerdo que ponga fin a aquellos expedientes, el interesado pueda solicitar la prueba documental correspondiente, y en tal sentido pueda deducirse la solicitud de que se incorpore la ponencia de valores o al propio estudio de mercado en los extremos que considere necesarios, cuestión sobre la que resolverá el órgano jurisdiccional competente en atención a las concretas alegaciones y pretensiones deducidas y la relevancia de tales medios de prueba para la resolución de la controversia. Pero ocurre que en este caso que enjuicamos, los recurrentes ni tan siquiera pidieron el complemento del expediente —demostración evidente de que no lo consideraron documento necesario del mismo— ni solicitaron el recibimiento a prueba».

En conclusión, para el TS parece que no forman parte del expediente administrativo los documentos, informes y resoluciones que constituyen actos de trámite o definitivos de otros procedimientos, pero sí que pueden, bien solicitarse mediante una ampliación del expediente del art. 55 LJCA —cosa distinta será que la Administración, finalmente, decida aportarlos— como presentarse como prueba en el procedimiento contencioso-administrativo por el recurrente, siempre en la fase adecuada del proceso y no extemporáneamente.

2.2.2. *Sobre actuaciones impugnables. Notificaciones de embargos*

La STS 1562/2023, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 24 de noviembre, rec. 822/2022, ponente: *Montero Fernández*, plantea una interesante cuestión sobre el catálogo de actuaciones impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de un recurso contencioso-administrativo residenciado directamente ante el TS mediante escrito fechado en 22 de septiembre de 2022, contra la desestimación presunta por silencio del recurso potestativo de reposición deducido en fecha 28 de junio de 2022, contra la Resolución de la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos, de 12 de mayo del 2022, por la que se acuerda archivar las actuaciones practicadas a raíz de la reclamación efectuada frente al Servicio de Notificaciones y Embargos de Santa Cruz de Tenerife. De forma fundamental, y como primer problema procesal, consta por manifiesto del abogado del Estado que la notificación de la citada resolución fue en 16 de mayo de 2022, lo que permite ya vislumbrar que tanto el recurso de reposición como el contencioso-administrativo estaban fuera de plazo.

No obstante, sobre el fondo latía una interesante cuestión jurídica: la validez o no de la notificación por haberse producido por un medio que, en su caso, vulneraría el derecho a la protección de datos del notificado recurrente en los términos de la legislación vigente. Esta cuestión, que es en sí misma de enorme interés —desde luego, no es común que los administrativistas nos planteemos el carácter defectuoso de una notificación por

motivos sustantivos ajenos a los requisitos procedimentales de este trámite contemplados en la LPAC— queda inerte, sin embargo, ante la debilidad de los argumentos de la parte recurrente y su impericia procesal. De hecho, la declaración de la notificación como defectuosa no era si quiera la pretensión de la demanda, que se limitaba a recurrir el archivo de las actuaciones de reclamación de vulneración del derecho a la protección de datos personales ante el órgano competente.

Así, aclarando el TS que estando el recurso fuera de plazo la demanda debe ser desestimada, entra a conocer brevemente sobre el fondo de la cuestión, sin duda consciente de la potencial enjundia del problema. En realidad, en los hechos, lo que había ocurrido era que la notificación de la providencia de embargo se había producido de la siguiente forma, no mediante el depósito de la carta en el buzón de correos del domicilio, sino dejándola pegada con cinta adhesiva y abierta en la puerta del garaje. El recurrente argumentaba que tal proceder vulneraba la legislación vigente de Protección de Datos de Carácter Personal. De hecho, insistía en que numerosos vecinos habían tenido conocimiento de la situación de embargo del recurrente por esta notificación presumidamente incorrecta, «teniendo que soportar miradas y comentarios incómodos por parte de las personas que viven en su urbanización».

Frente a estos hechos de factura tan endeble, el TS se ve obligado a aclarar, en la línea de la resolución recurrida, que: «Después de analizar los hechos y la forma de notificación estatuida, con el apoyo normativo que recoge, desestima la denuncia de la parte recurrente sobre dos presupuestos. Primero, que atendiendo al contenido del aviso del acto de comunicación, en el que no figuran los datos del órgano judicial, el procedimiento judicial, ni la condición en la que participa el destinatario de la notificación, no se incumple las garantía de las normas de protección de datos. Segundo, la absoluta falta de acreditación de las concretas circunstancias en que se practicó la notificación [...]. Lo cierto es que las imágenes que acompaña resultan de todo punto insuficientes a los efectos de acreditar los hechos denunciados, y habiendo sido negados estos por la resolución impugnada, le correspondía a la parte la carga procesal de acreditar los hechos base de su denuncia, lo cual omite absolutamente en estos autos. Lo cual ha de llevarnos, sin más, a desestimar la pretensión actora de anular el archivo del procedimiento seguido» (FJ 2.º).

2.2.3. *Sobre la distinción entre inactividad administrativa, silencio positivo y negativo y el mero incumplimiento en la emisión de un informe.*

La STS 1545/2023, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 22 de noviembre, rec. cas. 7521/2021, ponente: Pico Lorenzo, plantea una cuestión de gran interés que, aunque trae una jurisprudencia que ya venía destacando a lo largo del año 2022, parece consolidarse ahora en la jurisprudencia casacional. El hecho de referirse a una disposición normativa autonómica concreta no obsta a que el razonamiento de teoría general que plantea resulte de alcance más amplio.

La cuestión casacional que se plantea la sentencia es determinar si la falta de emisión del informe previsto en los arts. 6.4 y 9.4 de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinado a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social, supone la concurrencia de un supuesto de inactividad administrativa del art. 29.1 LJCA o si, por el contrario, se trata de un supuesto de silencio administrativo.

Veamos primero qué dicen estas normas objeto de polémica casacional. El art. 6.4 de la Ley catalana 24/2015 rezaba, en su versión original¹, así:

«Art. 6. Medidas para evitar la pobreza energética.»

4. Para que se aplique el principio de precaución establecido por el apartado 2, cuando la empresa suministradora tenga que realizar un corte de suministro debe solicitar previamente un informe a los servicios sociales municipales para determinar si la persona o la unidad familiar se encuentra en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial determinadas por el art. 5.10. En el supuesto de que se cumplan estos requisitos deben garantizarse los suministros básicos de acuerdo con lo establecido por el apartado 1 y deben aplicarse las ayudas necesarias establecidas por el apartado 3 para no generar deuda alguna a la persona o la unidad familiar».

Por su parte, continúa el art. 9.4 de la misma norma (no modificado posteriormente) con el siguiente tenor:

«Art. 9. Plazos.»

4. La solicitud de un informe a los servicios sociales para determinar si una unidad familiar se encuentra en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial determinadas por el art. 6.4 obliga a la Administración a emitir el informe en un plazo de quince días. Si transcurre dicho plazo y no se ha emitido el informe, se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial».

La pregunta de interés casacional, de primeras, sorprende al administrativista dogmático. Evidentemente, no se trata de un supuesto de silencio administrativo, puesto que la solicitud de informe no es un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, sino un trámite extrañamente configurado por la norma, desde luego, porque es la comercializadora la que debe «solicitar» obligatoriamente el informe al ayuntamiento, pero en todo caso no encaja en la finalidad tuitiva del silencio, como veremos que aprecia bien el TS. Sin embargo, esta había sido la conclusión de la sentencia de instancia, la *STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 3513/2021, de 21 de julio, rec. apel. 371/2020, ponente: de Francisco Ramos*. Su argumento se basó en una referencia a una sentencia del TS, la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2007, rec. cas. 7081/2004, ponente: Díaz Delgado*, a la que atribuye haber dicho lo siguiente: «Así, a tenor del art. 29.1 citado para que pueda hablarse de inactividad administrativa es

¹ La norma ha sido modificada por el art. 58.2 y 3 de la Ley catalana 3/2023, de 16 de marzo, pero en lo que es relevante para nosotros permanece sustancialmente con un contenido similar al reproducido.

necesario que la Administración este obligada a desplegar una actividad concreta que este establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas. Ahora bien, cuando existe un cierto margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso-administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración» (FJ 1.º). Sin embargo, seguidamente la Sala de instancia reinterpreta la afirmación anterior del TS en los siguientes —y muy discutibles— términos: «Por tanto y en base a dicha doctrina, en los casos en los que la Administración tiene un cierto margen de actuación o apreciación no cabe hablar de inactividad sino de acto presunto [...] Pues bien, con arreglo a lo hasta aquí expuesto podemos concluir que no estamos ante un supuesto de inactividad de la Administración (como defienden las apelantes) sino ante un caso de silencio administrativo, regulando expresamente el art. 9.4 *in fine* de la Ley 24/2015 el sentido de tal silencio al establecer que, si transcurrido el plazo de quince días desde la solicitud de la empresa suministradora y no habiéndose emitido el informe, “se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial” [y, de forma crucial, culmina] Atendiendo a dicha conclusión, no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 9.4 de la Ley 24/2015 (planteamiento solicitado en el escrito de interposición pero no reiterado en la demanda). Asimismo, tampoco procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 6.4 ni el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE del art. 6.3 del citado cuerpo legal, por constituir ello una extralimitación procesal (la cuestión de inconstitucionalidad se solicita en el escrito de conclusiones y la cuestión prejudicial en el escrito de apelación)» (FJ 2.º).

Los argumentos de la Sala de instancia no podían ser acogidos, como muy bien entendió el TS, porque excluir —discutiblemente, desde luego, pero en nuestra opinión no sin fundamento— la inactividad no permite afirmar necesariamente que rija el régimen del silencio ni positivo ni negativo, y de hecho, es evidente que el sistema contencioso-administrativo español está lejos de ser un sistema cerrado, en el que los mecanismos de acceso a la jurisdicción de los arts. 25 a 30 LJCA agoten todos los supuestos de control y cada uno de ellos se corresponda perfectamente con un espacio de control formal o material concreto. De hecho, es más bien al contrario, la realidad muestra la imperfección, solapamiento y zonas de sombra de estos mecanismos de control.

En todo caso, descartar la aplicabilidad del régimen del silencio, en cualquiera de su dos modalidades, parece perentorio para el TS: «Marco, sostener que el silencio administrativo puede operar cuando lo solicitado es que la Administración informe sobre

una situación de hecho resulta conceptualmente muy complicado; máxime cuando el informe constituye un trámite preceptivo para que el particular pueda llevar a cabo una actuación. Si la falta de emisión del informe se caracterizara como silencio administrativo negativo, ello equivaldría a admitir que la Administración puede legítimamente forzar al particular a iniciar un recurso contencioso administrativo simplemente para que no se paralice el procedimiento administrativo. Y si la falta de emisión del informe —como parece entender el Ayuntamiento de Castellar del Vallés, en aplicación del art. 9 de la Ley catalana 24/2015— se caracterizara como silencio administrativo positivo, ello equivaldría a afirmar que el particular debe iniciar un recurso contencioso administrativo con la sola finalidad de destruir una presunción legal sobre una situación de hecho; es decir, se trataría de un proceso en que no se discutiría sobre derechos o deberes, sino únicamente sobre la determinación precisa de un hecho. Pues bien, esta Sala no dice que todo ello fuera necesariamente absurdo o inviable, pero desde luego sería absolutamente inusual e innecesariamente alambicado» (FJ 4.º).

Tampoco hubiera sido tan exagerado decir que esta contradicción es, efectivamente, inviable. Parece claro que el legislador autonómico catalán no diseñó un procedimiento acorde con los parámetros de las modalidades existentes en la Ley 39/2015. Resultaría, sí, demasiado alambicado, como dice el TS, construir una teoría *ad hoc* de un supuesto procedimiento administrativo «a solicitud obligatoria» del interesado: una figura así resultaría un sinsentido, por cuanto en realidad la legislación diseña expresamente, para situaciones de intervención obligada para la Administración, un tipo de procedimientos específico, los procedimientos de oficio. Quizá aquí cabría argumentar que lo que hace el legislador autonómico es, en realidad, situar a la empresa comercializadora como garante de un interés público (como si se tratara de un concesionario forzoso de configuración legal) y, como tal, obliga a que siga un determinado procedimiento.

Lo que nos parece más discutible es la solución que el TS da a la cuestión de si el modelo de procedimiento del art. 6.4 de la Ley catalana 24/2015 permite o no el encaje de la ausencia de emisión del informe de los servicios sociales municipales con la inactividad administrativa del art. 29 LJCA. Esto es lo que, de forma tan escueta como decepcionante, afirma la sentencia, siguiendo en este sentido una línea jurisprudencial ya consolidada: «Problema distinto es si la emisión del informe previsto en la normativa autonómica es una prestación a efectos del art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, dado que se trata de un precepto autonómico y que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado sobre su significado y alcance, con pleno respeto a las exigencias dimanantes de la Constitución y de la legislación básica del Estado en la materia, esta Sala nada tiene que añadir a lo dicho en la sentencia de apelación» (FJ 6.º). Pero, en realidad, la Sala de instancia se había limitado precisamente a rechazar que el precepto autonómico constituyera un supuesto de inactividad administrativa, o en otros términos y en lo que es fundamental, que la emisión del informe constituyera una «prestación» legalmente establecida del municipio en favor de la empresa suministradora. En realidad, seguramente el problema se entienda mejor si se mira desde el punto de vista del procedimiento administrativo común, es decir, bajo las reglas de los arts. 79

y ss. LPAC, de los que en realidad la norma autonómica constituye un supuesto especial. Sin negar que pudiera obligarse a la administración local a emitir el informe por la vía del art. 29 LJCA, lo cual, de entrada, ya impone una gravosa carga procesal, nosotros creemos que la interpretación más natural del precepto es sencillamente que establece un trámite de informe con una presunción legal en caso de no emisión, en favor de la vulnerabilidad del ciudadano sobre el que se plantea el corte de suministro. Establecido esto, dada la gravedad de la consecuencia jurídica impuesta por el legislador, quizá sí que tuviera sentido la vía de la cuestión de inconstitucionalidad que quizá también demasiado rápidamente descarta el TSJ en la sentencia de instancia. Cuestionar el precepto desde el punto de vista de los derechos de propiedad y libertad de empresa, en particular, parece al menos una opción con recorrido jurídico, si bien desde luego muy gravosa procesalmente para el recurrente. Esta vía, no obstante, parece cerrada por el momento.

2.2.4. *Terminación del procedimiento y función del recurso de casación*

La STS 1521/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 22 de noviembre, rec. cas. 1107/2023, ponente: Olea Godoy, se plantea como cuestión de interés casacional objetivo «cuestión identificada en este en este recurso como de interés casacional consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar “la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, caso *Gnandi*), en relación con el apartado 5 del art. 46 de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, en la interpretación por el órgano jurisdiccional que resuelve en primera instancia de los criterios contenidos en los arts. 129 y ss. LJCA , a la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares tendentes a la suspensión de la ejecución del acto administrativo denegatorio de la solicitud de protección internacional”».

La cuestión, sin embargo, no terminó de sustanciarse en este caso, pues el recurso de casación interpuesto frente a los Autos de la Audiencia Nacional de 19 de julio y de 27 de septiembre de 2022 se resolvió cuando ya había recaído resolución definitiva sobre el fondo del asunto, lo que obligó al TS a reiterar una muy conocida doctrina: «Sin embargo, conviene recordar que en reiteradas ocasiones —por todas, baste citar la reciente STS 1331/2022, de 19 de octubre— hemos establecido que para dar respuesta precisa a la cuestión planteada debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (*ex* art. 93.1) no puede hacerse “en abstracto”, prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes. Por ello, es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el supuesto que ahora examinamos.

Y, en este sentido, es necesario reseñar que esta Sección 5.^a ha tenido conocimiento de que, en el recurso contencioso-administrativo del que dimana la presente medida cautelar, la Sala de instancia dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2023 resolviendo la cuestión de fondo suscitada en el proceso principal».

2.2.5. *Cuantía del procedimiento contencioso-administrativo*

La STS 1516/2023, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 21 de noviembre, rec. cas. 1228/2022, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, se plantea la cuestión casacional siguiente: «Si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de aquellos recursos contencioso-administrativos en los que junto con la pretensión de reconocimiento de la realización de funciones de puestos de superior categoría por parte de un funcionario de una entidad local se articula la reclamación del abono de las diferencias retributivas correspondientes a dicho desempeño».

El órgano de instancia resuelve, finalmente, a favor de que la cuantía en estos supuestos debe reputarse indeterminada: «Del examen de las actuaciones se desprende, que tanto en vía administrativa como luego en vía contencioso-administrativa la recurrente en instancia formuló dos pretensiones: una ciertamente pecuniaria, consistente en el abono de las diferencias retributivas; y otra relativa al reconocimiento de que en ocasiones se le encomiendan funciones de una categoría superior, lo que podría tener consecuencias en el futuro. Hay, así, una pretensión que no es de cuantía determinable y, por consiguiente, en este caso no es aplicable el umbral mínimo fijado por el art. 81.1.a) de la Ley de la Jurisdicción [...]. Debemos reiterar lo que hemos dicho en nuestra Sentencia 1219/2023, de 3 de octubre (casación núm. 7337/2021) que sigue a las anteriores dictadas en los recursos de casación núms. 1744/2020 y 7338/2022, pronunciadas todas en supuestos iguales al que nos ocupa. A la cuestión de interés casacional objetivo debe responderse que, en supuestos como el presente, la cuantía es indeterminada. Por ello, procede estimar el recurso de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones a la Sala de apelación para que, admitido el recurso de apelación, resuelva lo que proceda sobre el fondo del mismo» (FFJJ 4.º y 5.º).

2.2.6. *Condición de interesada y legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de un acto administrativo municipal*

La STS 1479/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 20 de noviembre, rec. cas. 1051/2022, ponente: Lesmes Serrano, aborda un complejo problema en el contexto de un litigio bien conocido, que afecta de lleno al complejo asunto de la competencia para el control de la actividad de las administraciones locales, dentro del respeto a su autonomía local. La cuestión casacional a dilucidar fue, en este caso, la siguiente: «El auto de admisión considera necesario aclarar, matizar, reforzar o, en su caso, corregir la jurisprudencia existente en orden al reconocimiento de legitimación —o no— a la administración autonómica de la facultad para instar la revisión de oficio de los actos adoptados por las entidades locales» (FJ 4.º).

Para dilucidar esta cuestión, según el TS, es necesario distinguir varios supuestos. En primer lugar, y como regla general ya asentada en la jurisprudencia anterior: «De esta manera el concepto de interesado, a efectos del art. 102.1 no incluye a la Administración

autonómica que no ejercita derechos o intereses legítimos sino una potestad administrativa. Como primera conclusión, a los efectos de la cuestión casacional planteada, podemos afirmar que la Administración autonómica carece en principio de legitimación para instar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho emanados de la Administración local. Las razones de esta negativa fueron expresadas en las SSTs de 12 de abril de 2016 (rec. cas. 3550/2014) y de 26 de octubre de 2020 (rec. cas. 1443/2019) y a ellas nos remitimos» (FJ 7.º).

No obstante, esta regla general tiene una importante excepción, que de nuevo nos remite a la decisión del legislador. Efectivamente, no se reconoce condición de interesado a la administración autonómica, salvo que sea el propio legislador autonómico quien se la haya atribuido: «De 26 de octubre de 2020 (rec. cas. 1443/2019) y a ellas nos remitimos. Sin embargo, parece deducirse de la cuestión casacional planteada en el auto de admisión del recurso de casación que nuestra STS 250/2021, de 24 de febrero de 2021 (rec. 8174/2019) vino a establecer una excepción a la regla general anterior. Tal conclusión no es correcta. En el caso que allí se juzgaba la legitimación no se reconocía por interpretación extensiva de la legitimación contemplada en el art. 102 de la Ley 30/1992, ni suponía hacer una reinterpretación de nuestra jurisprudencia anterior. Lo que la STS de 24 de febrero de 2021 hace es completar aquella doctrina jurisprudencial, al ampliar la legitimación cuando exista una previsión legal específica que se la atribuya expresamente a la Administración autonómica. Efectivamente, en el caso que se juzgaba en esa sentencia, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la ley autonómica (Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto) ha previsto expresamente una concreta legitimación de la Administración autonómica, como garantía de la legalidad urbanística, para instar el procedimiento de revisión de oficio como mecanismo de control de la actividad desarrollada por los ayuntamientos en esa materia».

En suma: «La respuesta se deduce de lo anteriormente expuesto. La Administración autonómica, salvo que tenga la condición de interesada, carece de la facultad de instar de un ayuntamiento que inicie la revisión de oficio de un acto, como es la concesión de una licencia municipal de obras, salvo que una norma con rango legal se la atribuya expresamente». Sin embargo, el caso concreto era peculiar, porque existía un proceso anterior con fuerza de cosa juzgada que sí que había reconocido a la administración autonómica tanto la condición de interesado para instar la revisión de oficio de un acto de una entidad local como legitimación procesal para impugnar la resolución resultante: «En este caso concreto dicha legitimación le había sido reconocida a la Junta de Andalucía en un proceso anterior en sentencia que ganó firmeza, produciendo los efectos de cosa juzgada, por lo que tratándose del mismo asunto dicha legitimación no le podía ser negada posteriormente por la misma Sala de Granada, como tampoco se le puede negar ahora en casación, porque ello supondría vulnerar el derecho a la invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales» y, por tanto, «nuestra anterior doctrina por las razones indicadas. Esta doctrina aplicada al caso concreto juzgado en la instancia debería dar lugar a la estimación del recurso de casación, sin embargo, tal decisión nos está vedada, como hemos dicho, por impedirlo la cosa juzgada material que deriva de la Sentencia 3552,

de 16 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, sentencia que reconoció la legitimación ahora discutida y que es inatacable por razón de su firmeza» (FJ 8.º).

2.2.7. *Sobre el objeto de impugnación y la preclusividad de los plazos procesales*

La STS 1454/2023, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 16 de noviembre, rec. cas. 2320/2021, ponente: Perelló Doménech, plantea la siguiente cuestión de interés casacional objetivo: «Si procede inadmitir la solicitud de rectificación del grupo de cotización de la Seguridad Social por error de encuadramiento, en caso de haber adquirido firmeza en vía administrativa la desestimación de dicha pretensión, ello pese al pronunciamiento existente de que, no procede declarar extemporáneas estas solicitudes cuando la petición se produce a efectos del cómputo de la pensión de jubilación».

El TS concluye sin embargo, respondiendo a esta cuestión, que «en definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma [...]. La exacta identidad de lo solicitado en fecha 1 de junio de 2018 con lo que fue objeto de reclamación en el precedente procedimiento iniciado por medio de solicitud de fecha 25 de enero de 2017, nos obliga a catalogar la actividad administrativa aquí impugnada, calificada por la actora como desestimación presunta por silencio administrativo, de mera reproducción del sentido denegatorio de las previas resoluciones administrativas firmes [...]. Este es acto meramente reproductorio de anterior firme que no admite ya recurso, y que ha sido deliberadamente obviado por la recurrente para artificiosamente dirigir su recurso de alzada contra un silencio administrativo que no es tal». El TS desestima, por tanto, el recurso de casación.

2.2.8. *Sobre el art. 33.2 LJCA*

La STS 4330/2023, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 10 de octubre, rec. cas. 3395/2021, ponente: Córdoba Castroverde, examina una interesante cuestión al hilo del art. 33.2 LJCA y la facultad del juez contencioso-administrativo de proponer a las partes por providencia argumentos jurídicos no planteados por las partes en sus alegaciones. Es muy importante distinguir, para entender la sentencia, el planteamiento de argumentos jurídicos nuevos sobre hechos probados del planteamiento de hechos nuevos, especialmente, en apelación, que queda nítidamente vedado.

La parte recurrente en casación sostiene que el recurso se interpone aduciendo, en primer lugar, la infracción del art. 33.2 LJ y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE al haber hecho uso de la previsión contenida en dicho precepto en un recurso de apelación. El recurso de apelación conlleva, según la parte, una desta-

cada limitación en cuanto al contenido posible de la discusión, prevista en la STS de 17 de enero de 2000 (rec. apel. 3497/1992) en la que se afirma que si bien en el recurso de apelación se permite a las partes suscitar nuevos fundamentos o argumentos jurídicos no planteados en la primera instancia, pero en cambio está vedado a las partes en el recurso de apelación introducir «cuestiones nuevas» entendidas como la alteración del *petitum* de la primera instancia o la alteración de los hechos que sirvieron como razón o causa de pedir porque lo que corresponde a la fase de apelación es el examen crítico de las sentencias de primera instancia. Por el contrario y vulnerando esta previsión, la empresa Building Factory, S. L., en su recurso de apelación introdujo una cuestión nueva consistente en el hecho de que el contrato de obras ya estaría finalizado por estar las obras ejecutadas y entregadas cuando el ayuntamiento impuso a la empresa la penalidad contractual impugnada.

En lo que es relevante, el TS se plantea como cuestión casacional la siguiente: «Determinar el alcance de la potestad que los Tribunales otorga el art. 33.2 LJ en el trámite del recurso de apelación y, en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo» (FJ 2.º). El TS resuelve la cuestión apreciando que, con independencia de si en sede de apelación puede o no recurrirse al art. 33.2 LJCA, lo que nunca puede hacerse es recurrir a él para alegar hechos nuevos: «Lo cierto es que, con independencia de si el tribunal de apelación puede hacer uso o no de la opción contemplada en el art. 33.2 LJ, esta previsión legal tan solo permite introducir en el debate procesal motivos jurídicos no apreciados por las partes, pero no hechos nuevos con trascendencia jurídica, como es el caso que nos ocupa. De modo que la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no debió introducir en el debate de apelación un hecho nuevo por la vía del art. 33.2 de la LJ» (FJ 3.º).

2.3. Contribuciones doctrinales

Las cuestiones clave sobre jurisdicción contencioso-administrativa han suscitado, de nuevo, un importante debate doctrinal. Es relevante tener en cuenta que las importantes reformas operadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 2023 están comenzando a ser analizadas ya en 2024, por lo que serán examinadas como trabajos doctrinales en el Informe del próximo año. Por otro lado, seguimos observando la permanencia de debates clásicos, que continúan teniendo vigencia.

En cuanto a los trabajos monográficos, hay que destacar el trabajo de O. BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 195 pp. Tras sus estudios sobre el recurso de casación contencioso-administrativo, el autor continúa examinando el régimen de recursos y profundizando en la doctrina y la jurisprudencia que articula la jurisdicción contenciosa.

La jurisdicción contencioso-administrativa viene siendo también objeto de jornadas conjuntas entre la comunidad académica y el TS que, en los últimos años, vienen pu-

blicándose en la *Revista de Administración Pública*. En el año 2023 son tres los estudios que se han publicado en esta revista producto de estos ciclos de debate. El primero es el trabajo de L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «Sobre la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 13-33. El segundo es el estudio crítico de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Problemas de estructura y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 35-72. Y el tercero es una llamada al acuerdo sobre la reforma de la jurisdicción contenciosa, el trabajo de T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un acuerdo básico sobre la necesidad de reformar la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 73-79.

Entre los debates clásicos, destaca sin duda el trabajo de J. M.^a BAÑO LEÓN, «La acción popular urbanística: origen y crítica de una figura controvertida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 226, 2023, pp. 11-26. El autor examina las bases históricas recientes de la institución y su posición en los dos anteproyectos más recientes, de 2018 y 2022, concluyendo que: «A nuestro juicio, pues, la reforma debería recuperar la idea de limitar la acción pública a las entidades asociativas en la línea de la legislación ambiental y de la propuesta de 2018. No hay razones de peso ni de interés público para seguir reconociendo la acción pública sin restricciones a las personas físicas. Y buena prueba de ello es que la Exposición de Motivos no acierta a encontrar razón alguna para mantener la acción pública y se limita a recordar su origen en la ley de 1956, origen azaroso como hemos tratado de demostrar, que cumplió una importante función de defensa de intereses difusos hasta 2006, y que hoy se serviría mucho mejor, con todas sus ventajas y ninguno de sus inconvenientes, con la legitimación asociativa».

La casación continúa siendo estudiada por la doctrina en diversas fuentes, y así estudiaba un supuesto específico de interés casacional objetivo G. CARO HERRERO, «El rechazo de la doctrina del Tribunal Supremo como presunción de interés casacional objetivo en el orden contencioso-administrativo (art. 88.3.B LJCA): contenido original y reforma efectuada por el RD 5/2023 de 28 de junio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 230, 2023, pp. 251-282.

También las medidas cautelares siguen siendo objeto de estudio académico. Un caso peculiar es el estudio de las medidas cautelares, especialmente, de las cautelarísimas, frente a las decisiones de los órganos de las Cortes Generales. Sobre esto trata el estudio de I. LASAGABASTER HERRARTE, «Las medidas cautelarísimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados, ATC 177/2022. Falta de conexión material entre enmiendas y proyecto de ley en tramitación: afectación al *ius in officium* de los diputados», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 126, mayo-agosto de 2023, pp. 245-287.

Por último, ha interesado igualmente a la doctrina la evolución de los instrumentos procesales del Derecho europeo, y así destaca el trabajo de E. COBREROS MENDAZONA, «La cuestión prejudicial europea en evolución: necesaria motivación para omitirla e instrumentos para su efectivo planteamiento», *Revista Vasca de Administración Pública*.

Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, núm. 126, mayo-agosto de 2023, pp. 103-141. El trabajo aspira a examinar tanto el aspecto de continuidad con la doctrina de la clásica STJUE *Cilfit* (probablemente, nos dice el autor, el mayoritario) como las novedades que aporta la jurisprudencia más reciente, especialmente la Sentencia *Conorzio Italian Management*, de 6 de octubre de 2021, C-561/19, que impacta sobre los requisitos para la exención de plantear la cuestión prejudicial.

Es destacable también la celebración de un importante Congreso sobre «La necesaria reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los 25 años de su aprobación» el día 22 de mayo de 2023 en la Universidad San Pablo CEU de Madrid. Aunque sus ponencias todavía no han sido publicadas, incluyeron contribuciones relevantes de jueces, abogados y profesores. Entre ellas podemos destacar, dentro del análisis histórico, la de L. MEDINA ALCOZ, «Mitos y verdades sobre la evolución de la justicia contencioso-administrativa en España».

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. Novedades normativas

Durante el último año no se ha producido ninguna reforma normativa relevante desde el punto de vista del régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sin embargo, sí que ha habido, como respuesta a la STJUE (*Gran Sala*) *Comisión v. Reino de España*, C-278/2020, de 28 de julio de 2022, un *Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión*. Dado que en la edición anterior de este mismo Informe examinamos esta sentencia extensamente, y aunque el Anteproyecto caducó debido a la convocatoria electoral, cabe realizar algunas consideraciones sobre el texto.

En primer lugar, y tras una relativamente extensa exposición de motivos, al menos, para la concisión del texto del Anteproyecto, en lo sustancial se proponía una reforma del art. 32.5 LRJSP en los siguientes términos: «5. Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización en alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que la declaración de la norma nacional como contraria al Derecho de la Unión Europea se haya efectuado por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del TS.

Para que proceda la indemnización en este supuesto será necesario que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la

infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. No será necesario haber obtenido sentencia firme desestimatoria en aquellos supuestos en que no exista una actividad administrativa impugnada.

2.º Que el particular haya obtenido, en un proceso iniciado a su instancia ante cualquier órgano jurisdiccional nacional, sentencia estimatoria firme en la que se declare que la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre que no hubiera sido debidamente restablecido o indemnizado en el seno de dicho proceso.

En los dos supuestos deberán cumplirse, asimismo, para que proceda reconocer la indemnización, todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares».

Este precepto constituía lo mollar del Anteproyecto. En general, parece observarse una adaptación forzada y quizá excesivamente formalista a las exigencias de la sentencia. Por ejemplo, que la declaración de incumplimiento del Derecho europeo se extienda al TS sin duda trae causa de que se recordara en aquella sentencia que los órganos jurisdiccionales nacional también son aplicadores del Derecho europeo. Y que no sea necesario obtener sentencia firme cuando «no exista actividad administrativa impugnada» trae causa igualmente de una crítica emanada de esta norma. Pero, en todo caso, no parece que se haya aprehendido la crítica en su conjunto. Como ya dijimos en la edición anterior del presente Informe, la STJUE de 28 de julio de 2022 no es formalmente una impugnación del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador o incluso de las Administraciones públicas al completo, pero realmente demuestra sus graves deficiencias tanto procedimentales y procesales como de fondo, y exhibe por momentos una incompreensión del sistema por parte del TJUE. Lo que parece obvio es que el sistema está diseñado como un mecanismo de tutela del Estado más que del ciudadano, y este es un problema de base que no puede resolverse con modificaciones cosméticas o con adaptaciones a críticas concretas, por concreta que sea en su objeto la sentencia del TJUE.

Cabe mencionar también que el Anteproyecto limitaba temporalmente, de nuevo, estas reclamaciones, en su propuesta de redacción del art. 34.1 LRJSP: «En el caso de la responsabilidad patrimonial a que se refiere el apartado 4 del art. 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa». Además, cuando el propio recurrente hubiera obtenido la sentencia estimatoria de la vulneración del Derecho europeo, su derecho a reclamar prescribiría desde la fecha de firmeza de su sentencia: «Cuando se trate de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se producirá la prescripción del derecho a reclamar

transcurrido un año desde que se haya publicado la sentencia del TS o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el supuesto del núm. 1, contándose ese plazo desde la fecha de firmeza de la sentencia en el caso del núm. 2».

«En el supuesto de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del art. 32, serán indemnizables los daños producidos en los términos que disponga la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la Unión, sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas». De nuevo, resultaba muy discutible el empleo de un criterio desigual para los incumplimientos del Derecho europeo (sin duda, criterio generoso motivado por la sentencia) y para la responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad de las leyes, que conservaba la limitación a cinco años de la reclamación. La DF 1.^a facilitaba el acceso de las sentencias que declaraban el incumplimiento del Derecho europeo al régimen de recursos hasta la casación. Se contemplaba además un régimen especial de publicación de estas sentencias, en la propuesta de art. 107 LJCA: «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, salvo que en ella se establezca otra cosa». Un régimen sin duda más favorable que el general que se proponía, para las declaraciones de inconstitucionalidad (y que el que, para ambos casos, continúa en vigor) en el art. 32.6 LRJSP.

3.2. Jurisprudencia destacada

3.2.1. Responsabilidad patrimonial y acto legislativo en el ámbito tributario

La STS 629/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 17 de mayo, rec. cas. 444/2022, ponente: Olea Godoy, aborda el problema de la aplicación en el Derecho español de la doctrina sentada por la STJUE de 28 de junio de 2022 que, en la propia descripción del órgano jurisdiccional y en lo que es relevante para la sentencia, «declara el carácter contrario al Derecho de la UE del requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño». Como se recordará, ya examinamos en profundidad esta sentencia del TJUE en la edición de este Informe del año 2022.

La mercantil recurrente impugnaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2022 por el que se desestima la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con fundamento en la STC 78/2020, de 1 de julio, por la que se declara inconstitucional el Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, relativo al pago fraccionado del Impuesto sobre Sociedades, el cual fue admitido por la Sala.

Al margen de la cuestión fiscal y de la propia declaración de inconstitucionalidad, que no son objeto de este Informe, en términos generales puede decirse que el TS se muestra cauto al tratar de incorporar la doctrina del TJUE. Por un lado, admite la doctrina emanada del Derecho europeo cuando admite —por lo demás con total ob-

viedad— que: «Es cierto que exigir al ciudadano la cautela de impugnar una actividad administrativa ajustada a la ley, con base en su previsible inconstitucionalidad, constituye una exigencia desmesurada, porque el éxito de su pretensión de que se anule dicha actividad es harto complejo» (FJ 4.º).

Sin embargo, esta crítica al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador no se sustancia en ninguna consecuencia jurídica estimatoria de la pretensión. El enfriamiento de la cuestión llega con un argumento ciertamente endeble del TS, la pretendida ausencia de una norma concreta del Derecho europeo que establezca los términos de la responsabilidad patrimonial por su incumplimiento. Exponemos seguidamente los principales argumentos del TS a este respecto:

«A la vista de esas conclusiones, un primer argumento que se aduce en la demanda en contra de la exigencia que impone el art. 32.4, se refiere a la ineficacia de tal presupuesto por aplicación de la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20; de la que se concluye que comporta la imposibilidad de condicionar esta responsabilidad a la previa sentencia contra la actividad que aplicó la ley luego declarada inconstitucional, como se declara por el Tribunal Europeo al examinar el precepto nacional y su adecuación al Derecho europeo.

El argumento requiere matizaciones y no puede ser acogido. [...] En efecto, para una mejor comprensión del debate que se suscita es obligado partir de que la integración en la UE comporta la coexistencia de dos ordenamientos vinculados, el Europeo y el de cada uno de los Estados miembros, que están vinculados al aplicarse sobre una misma población, por lo que se requiere una compatibilidad entre ambos. [...] La mencionada responsabilidad no tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento europeo, sino que el principio de responsabilidad de los Estados por daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión constituye un derecho reconocido directamente por la misma Jurisprudencia del TJUE, que de manera inconcusa ha declarado que dicha responsabilidad “es inherente al sistema de los Tratados en los que se funda” la Unión. [...] La peculiaridad de que no exista una normativa concreta que regule esta institución exige que su regulación se realice por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, como hemos visto antes, es decir, que se haga en el “marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad”, lo cual genera el riesgo de que los Estados, en dicha regulación, establezcan presupuestos diferenciados que, en todo caso, deben salvaguardar aquellos principios de primacía y efecto directo [...] en modo alguno puede pretenderse que apliquemos esa jurisprudencia a derechos o instituciones propias del Derecho interno y reguladas por el Derecho español, porque esos principios de eficacia y equivalencia se impone en la compatibilidad entre el Derecho de la Unión con el de los Estados, no en el de los propios Estados cuando no hay una regulación armonizada, como es el caso de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión por los Estados que, como ya se dijo, es de creación jurisprudencial comunitaria; la cual tiene una finalidad, naturaleza y presupuestos bien deferentes de la responsabilidad por aplicación de una ley declarada inconstitucional» (FJ 4.º).

En suma, se trata de una sentencia más que nos recuerda, de nuevo, lo mal resuelto que está en nuestro ordenamiento jurídico el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

3.2.2. *Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el Real Decreto 463/2020*

La STS 1589/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 29 de noviembre, rec. cas. 198/2022, ponente: Lesmes Serrano, aborda otro asunto de enorme enjundia en los últimos años, el de la responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas durante la pandemia de la covid-19. Esta sentencia, que forma parte de una larga serie para la cual la tomamos como referencia, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejo de Ministros desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 14 de marzo de 2021 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos, en concepto de lucro cesante, como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma efectuada en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En realidad, este es el patrón de la mayoría de estas reclamaciones, su acceso a la jurisdicción por la vía de la impugnación, por lo general de la desestimación por silencio, de la reclamación de responsabilidad patrimonial. De nuevo, el patrón de la sentencia del TS, como viene siendo habitual en esta serie jurisprudencial, es recordar la doctrina de la STC 148/2021: «La inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título (así se afirma expresamente) para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones públicas sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En definitiva, de la declaración de inconstitucionalidad parcial de este real decreto no nace en el presente caso un derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial fundado en dicha declaración» (FJ 6.º).

Esto no cierra la puerta, en principio, a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado legislador —que, por otra parte y como recuerda el TS, a menudo concurre en estas reclamaciones con reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas—. En el examen que formula el TS sobre la posible concurrencia de un sacrificio especial por parte del recurrente —en este caso, una compañía de transportes, aunque la cuestión se ha planteado igualmente en otros ámbitos, como la hostelería—, sin embargo, la fuerza argumental del recurso pierde su fuelle. El punto de partida del TS es que «las normas de excepción, al igual que el resto de las leyes, son imperativas y de aplicación general a sus destinatarios, imponiendo a todos ellos el deber de soportar las cargas que de ellas se derivan en aras del interés público que justifica su aprobación, de manera que, en principio, sólo se puede generar la responsabilidad patrimonial a favor de los afectados por dicha normativa cuando el propio legislador así lo hubiera reconocido o cuando fuere declarada su inconstitucionalidad. La misma consecuencia del deber de soportar tiene, para lo que aquí interesa, el ejercicio de las incisivas potestades que tiene reconocida la Administración pública en defensa de la salud colectiva, pudiendo en el ejercicio de las mismas limitar derechos individuales» (FJ 7.º).

Esto lleva a una consecuencia sorprendente: la confusión del TS entre el sacrificio general de los ciudadanos y el sacrificio especial de determinados sujetos y negocios directamente afectados por las medidas, y en último término, la derivación de todo resarcimiento especial por la vía de la voluntad del legislador y su aplicación por la administración competente, en particular, mediante los diversos mecanismos establecidos durante la etapa de la pandemia en forma de ayudas públicas. Así, asevera el TS que: «La sociedad en su conjunto tuvo que soportar las decisiones adoptadas por los poderes públicos para preservar la salud y la vida de los ciudadanos, de manera que la vía de reparación o minoración de daños para aquellos que la padecieron con mayor intensidad, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas —que se concedieron ampliamente—, pero no la de la responsabilidad patrimonial que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es predicable. En cuanto a las ayudas públicas, basta reparar en las numerosas normas dictadas a raíz de la pandemia al objeto de mitigar los graves perjuicios económicos producidos a amplios sectores de nuestra sociedad. Algunas de estas disposiciones aparecen reseñadas en la parte final de los fundamentos tercero y cuarto de esta sentencia» (FJ 7.º). Se mire por donde se mire, sin embargo, esta no es sino la declaración de un privilegio del Estado de no responder plenamente de sus deudas, de forma que su responsabilidad patrimonial se configura mediante criterios normativos.

Los siguientes fundamentos jurídicos rechazan tanto la existencia de un pretendido sistema de responsabilidad objetiva por la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio de la Ley Orgánica 4/1981 (FJ 8.º) como la concurrencia de fuerza mayor por causa de la pandemia, aquí con un giro argumental que, de nuevo, parece considerar suficiente referirse a la «proporcionalidad» (privilegiada, sin duda) de las medidas adoptadas por la pandemia: «Podemos concluir que la fuerza mayor puede operar como supuesto de exención de responsabilidad patrimonial en relación con determinados daños directamente imputables a la pandemia covid-19, pero no cuando se deducen de la actuación de los poderes públicos, si bien en nuestro caso, como ya hemos razonado extensamente *supra*, la actividad administrativa desarrollada fue razonable y proporcionada a la situación existente por lo que no generó responsabilidad».

Para cerrar la sentencia y en una suerte de cajón de sastre, el TS se refiere, de nuevo en términos decepcionantes, a la posible responsabilidad patrimonial por vulneración de derechos fundamentales. Aquí también es clave la jurisprudencia constitucional, de nuevo para observar que la «proporcionalidad» de todas las medidas justifica, sin más, la ausencia de todo derecho indemnizatorio, hasta el punto de espetar a la recurrente no haber especificado la vinculación entre las vulneraciones de derechos y el daño, cuando parece más bien que es la doctrina protectora del interés público la que bloquea el acceso a todo resarcimiento:

«Y, por último, el art. 38 CE fue analizado por el TC en relación con las medidas del art. 10 del Real Decreto 463/2020. En este punto la Sentencia 148/2021 precisa que las medidas previstas en el art. 10 del Real Decreto no resultaron desproporcionadas. Con independencia de tal pronunciamiento constitucional ha de contestarse que el recurrente ejercita una acción de responsabilidad patrimonial sin que señale ni razone debidamente la conexión entre la posible vulneración (vulneración excluida por el pronunciamiento

de la STC 148/2021 excepto en lo relativo al art. 7 y en razón a la cobertura del estado de alarma) de tales preceptos y el daño reclamado» (FJ 10).

3.2.3. *Error de hecho y mayoría de edad*

La STS 571/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 9 de mayo, rec. cas. 331/2022, ponente: *Huet de Sande*, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra Resolución del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2021, que estimó parcialmente reclamación de responsabilidad patrimonial.

La citada Resolución del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2021 había estimado parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente, por el fallecimiento de su padre por su exposición laboral al amianto. El recurso de revisión frente a esta resolución y cuya desestimación presunta se impugna pretende que se reconozca que la resolución habría incurrido en error de hecho, por haber reconocido la Administración que el recurrente era menor de edad a la fecha del fallecimiento, fijando, sin embargo, la indemnización idéntica a la de sus hermanos mayores de edad. En opinión del recurrente, su condición de menor de edad haría que le correspondiera una mayor indemnización siguiendo el baremo establecido.

Concluye el TS, desestimando el recurso contencioso-administrativo, que «aunque aceptáramos, a efectos meramente dialécticos, que la Administración hubiera reconocido la minoría de edad del recurrente, con dificultad puede entenderse que el tratamiento igualitario de todos los hermanos a efectos indemnizatorios efectuado por la Administración, prescindiendo de aquella circunstancia, pueda constituir un «error de hecho», tal y como lo hemos definido, cuando el baremo tomado como referencia para la cuantificación de la indemnización —que es el baremo contenido en la OM de 5 de marzo de 1991, actualizado en sus cuantías, en la fecha de reclamación, por Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, según expresamente se indica en la resolución de la reclamación, y no el que afirma el recurrente, contenido en la Resolución de dicha Dirección General de 5 de marzo de 2014— se ha utilizado sólo de forma meramente orientativa y así se indica expresamente en la resolución impugnada. Que es este el baremo utilizado por la Administración, y no el indicado por el recurrente, y que su utilización ha sido orientativa se dice expresamente en la resolución de la reclamación cuyos términos conviene reproducir» (FJ 3.^o).

3.2.4. *Responsabilidad por daños físicos y morales sufridos en el ejercicio de una actividad funcional y pérdida de oportunidad*

La STS 3040/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 23 de junio, rec. cas. 171/2021, ponente: *Olea Godoy*, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la reso-

lución del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de 21 de julio de 2020, por el que se estimaba parcialmente su reclamación de los daños y perjuicios originalmente interpuesta por la recurrente.

La recurrente, oficial que ejercía una carrera militar trunca por los hechos causantes del daño objeto de reclamación, en lo que es relevante para nosotros, reclama un complemento a la indemnización otorgada en concepto de «pérdida de oportunidad». En opinión de la recurrente, «debía haberse incluido en la cuantía de la indemnización reconocida, es decir, la de la pérdida de oportunidad para el desarrollo de su carrera militar o en el campo de la medicina en general en el ámbito público o privado» (FJ 1.º).

Esta reclamación da lugar a que el TS aclare en qué consiste la pérdida de oportunidad tal y como ha sido reconocida por la jurisprudencia. En palabras del órgano jurisdiccional, «suscitado el debate en la forma expuesta es obligado comenzar por poner de manifiesto la errónea premisa de que se parte en el razonamiento que sustenta la pretensión. Es cierto que la pérdida de oportunidad ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia de este TS y a los efectos de fijar las cuantías de los daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Ahora bien, como con acierto se señala también en las alegaciones de la defensa de la recurrente, ese criterio de valoración de los daños y perjuicios ocasionados, lo ha sido con relación a supuestos en los que se reclamaba la indemnización con fundamento en la responsabilidad por asistencia sanitaria. Es decir, el concepto y presupuesto de la pérdida de oportunidad es bien diferente del que se pretende en el caso de autos. Se considera por la mencionada Jurisprudencia que existe esa pérdida de oportunidad cuando en la prestación de una asistencia sanitaria debida, si bien no se han vulnerado los principios de *lex artis* —que es el presupuesto de la responsabilidad en ese ámbito de la actividad prestacional administrativa— y no podría apreciarse dicha responsabilidad, en sentido estricto, es lo cierto que por alguna de las circunstancias del tratamiento no se ha dado oportunidad de haber podido prestar una asistencia alternativa que pudiera haber sido menos lesiva para el perjudicado [...].

En efecto, la pérdida de oportunidad, en la forma delimitada, comportaría que la Administración no habría adoptado medidas alternativas para minorar el daño ocasionado a la recurrente. Pero lo que aquí se sostiene no es esa reducción del daño, sino que no se ha indemnizado, a juicio de la recurrente, los efectos, de indudable contenido económico, que los hechos generadores de la lesión le han supuesto por frustrar su expectativas profesionales [...].

Reconducido el fundamento a lo que propiamente comporta los perjuicios que se reclaman en la demanda, debe señalarse que esos previsibles ingresos que la recurrente ha dejado de percibir por el pase a la situación de baja en su actividad profesional, evitando su carrera profesional, constituyen no una pérdida de oportunidad, que ya se descartó, sino un lucro cesante referido a las expectativas profesionales» (FJ 2.º).

Con estos argumentos, el TS desestima la pretensión deducida por la parte recurrente.

3.3. Contribuciones doctrinales

Al igual que afirmábamos en el Informe del año 2022, puede reiterarse que estamos en un momento de intenso desarrollo del debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, si bien, al igual que en la jurisprudencia, la intensidad de la discusión parece haberse aplacado. Al menos, es necesario tiempo para reflexionar sobre todo lo que se publicó el año anterior. En 2023, no obstante, seguimos encontrando contribuciones importantes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial ha sido examinada desde varios aspectos que, a su vez, también han atraído el interés de la jurisprudencia. Cabe destacar, a este respecto, un estudio que ha examinado precisamente la teoría de la pérdida de oportunidad en su estado jurisprudencial actual. En este sentido, debe destacarse el trabajo de M.^a J. GALLARDO CASTILLO, «Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 115, 2023, pp. 45-100. El trabajo, lógicamente centrado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, parte de una premisa definitoria del propio concepto que nos ayuda a entender también la jurisprudencia recaída sobre este concepto: «Pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de acaecimiento de un hecho favorable, lo que en sí mismo es susceptible de comportar para quien la sufre un daño reparable si esta probabilidad rebasa un determinado umbral. Lo que la doctrina de la pérdida de oportunidad hace entonces es conceder relevancia indemnizatoria a dicha pérdida, reconociendo responsabilidad a quien, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio» (p. 48).

Algunos hitos jurisprudenciales han sido también examinados por otros autores, como A. B. GÓMEZ DÍAZ, «Cesión de créditos y responsabilidad patrimonial en la sentencia del Tribunal Supremo 124/2020 de 22 de enero (rec. 1159/2015)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 224, 2023, pp. 181-204. En suma, estudia si el derecho a ser indemnizado por la Administración puede ser objeto de cesión, cuestión sobre la que se proyecta un intenso debate legal en la intersección del Derecho público y privado.

A la doctrina le ha interesado, en este año, también algún otro ámbito específico, especialmente, la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas a resultas de las diversas derivadas de la covid-19, ya centradas en cuestiones muy particulares y específicas. Un ejemplo lo ofrece el estudio de Y. HERNÁNDEZ VILLALÓN, «Responsabilidad en el ámbito farmacológico y sanitario: Alcance de la cláusula de progreso en etapa COVID», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023. En este ámbito, en realidad, la responsabilidad de la Administración es sólo una parte de toda la responsabilidad existente. A partir del examen de las competencias de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la autora disecciona las diferentes modalidades de responsabilidad patrimonial que se derivan de sus relaciones con los fabricantes, distribuidores y particulares.

Un segundo ejemplo podemos encontrarlo, en el mismo número, en el estudio de J. ESTEVE GIRBÉS, «Responsabilidad patrimonial pública por falta de vacunación de los médicos de la sanidad privada durante la pandemia (propuesta para una determinación objetivada de los daños morales)», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023. El autor examina una jurisprudencia de primera instancia que postula que la decisión administrativa de no vacunar a los médicos de la sanidad privada supuso un agravio comparativo no justificado con respecto al resto de médicos de la sanidad pública, dando lugar a responsabilidad patrimonial indemnizable. El trabajo incluye un estudio comparado con los fallos de la jurisdicción social sobre la misma cuestión, concluyendo que «en materia laboral, a la responsabilidad por daños se le adiciona un componente preventivo-punitivo».

