

CONSEJO DE ESTADO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

GERARDO GARCIA ÁLVAREZ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD Y EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO. 1. El procedimiento ordinario. 2. El procedimiento abreviado. 3. La ubicación procedimental del dictamen del Consejo de Estado: el problema de su articulación con la intervención crítica o previa de la Intervención General del Estado. A) El régimen del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad. B) La naturaleza jurídica de la intervención crítica. C) La solución del Consejo de Ministros. II. DELIMITACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA AL CONSEJO DE ESTADO: "RECLAMACIONES EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS". 1. La interpretación necesariamente restrictiva de la cláusula general. 2. Los supuestos sucesivamente excluidos de la cláusula general. A) La indemnización de las víctimas de atentados terroristas y la indemnización de los daños sufridos por vehículos extranjeros en tránsito por España. B) Las reclamaciones previas a la vía civil o laboral. III. LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN: BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA FUNCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD.

INTRODUCCIÓN

Lo que ahora es una de las actividades más típicas del Consejo de Estado, sus dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, es sin embargo una de sus competencias más recientes. La atribución de una competencia de dictamen preceptivo en materia de responsabilidad, que es una de las competencias adquiridas por el Consejo de Estado durante la vigencia de la Ley de 25 de noviembre de 1944, iniciaba una tendencia a la asunción de funciones de garantía de los administrados, tendencia

que se ha acentuado posteriormente (1). En consecuencia, el estudio de este concreto sector de la actividad del Consejo puede contribuir a clarificar la posición institucional de nuestro órgano consultivo más tradicional, aportando una perspectiva complementaria a la habitual en una doctrina quizás excesivamente centrada en el dictamen emitido sobre los proyectos de reglamentos ejecutivos (2).

Un primer aspecto a examinar será la ubicación y efectos del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad. Dos aspectos son especialmente llamativos en este apartado. En primer lugar, la creación de una nueva especie de dictamen obstativo o cuasi-vinculante cuando lo instruido sea el procedimiento abreviado; intervención del Consejo a la que, en mi opinión, hay que atribuir un carácter preponderante de garantía

(1) Esta materia, incorporada a las competencias del Consejo por el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa en 1957, no contaba con antecedentes, al menos en el plano normativo. Sin embargo, CORDERO DE TORRES había propugnado que la Administración del Estado tuviese que consultar al Consejo de Estado con carácter previo a la "declaración de la responsabilidad del Estado y particularmente de la administración, directa o subsidiariamente, por cualquier concepto o con cualquier alcance" (J.M. CORDERO, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p.181). Es significativo que esta propuesta fuese formulada ¿realizada? por el autor que formuló la tesis de que el Consejo de Estado desempeña una misión de "control consultivo". La pretensión de CORDERO TORRES no tuvo acogida en la Ley orgánica de 1944, pero fue imponiéndose en la práctica administrativa.

En el famoso dictamen de 17 de marzo de 1953, el Consejo de Estado afirmaría que "en el estado actual de la legislación, la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados por su actuación regular o administrativamente defectuosa constituye la excepción". En este dictamen el Consejo de Estado se pronunciaba contra tal estado de cosas, que consideraba indeseable, y postulaba una reforma que regulase con carácter general los daños a los "intereses exorbitantemente perjudicados por el funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos". Esta reforma, en el sentido postulado por el Consejo, sería realizada por la Ley de Expropiación Forzosa un año más tarde. Y sería en 1957, en el Reglamento de esta Ley, cuando se introduciría la obligación de la Administración del Estado de solicitar el dictamen del Consejo de Estado antes de pronunciarse sobre la posible existencia de responsabilidad.

(2) Sin embargo, el emitido en el procedimiento de elaboración de un reglamento ejecutivo no es en absoluto el dictamen tipo: el típico carácter obstativo de los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado, que obligan al ministro discordante a someter la resolución del asunto al Consejo de Ministros, no se da sino raramente en esta materia, por la sencilla razón de que la competencia está originariamente atribuida al Consejo de Ministros. Al anterior se puede añadir un argumento puramente cuantitativo: la consulta de las estadísticas oficiales del Consejo de Estado revela que, en el año 1992, de los más de mil setecientos dictámenes emitidos, sólo ocho tuvieron por objeto proyectos de reglamentos ejecutivos; seiscientos veintiseis que tuvieron por objeto la existencia de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (Consejo de Estado, *Memoria de 1992*, pp. 16-17). A todo esto se añade el carácter inequívocamente político del ejercicio de la potestad reglamentaria.

del administrado. En segundo lugar, que pese a la enfática declaración de la LOCE, la actuación del Consejo de Estado en el procedimiento no es la que precede directamente a la decisión por parte del Ministro competente o del Gobierno, sino que el supuesto carácter final del dictamen del Consejo de Estado ha de entenderse sin perjuicio de la actuación posterior de la Intervención General del Estado, que interviene preceptivamente en los procedimientos de responsabilidad.

En un segundo momento, habremos de examinar el supuesto de hecho que obliga a consultar al Consejo de Estado, delimitación más difícil de lo que podría parecer. El artículo 22.13 LOCE establece la intervención preceptiva del Alto cuerpo consultivo en términos sumamente amplios: se refiere a las "reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado". Por tanto, no hace acepción de tipos de responsabilidad patrimonial: de aplicarse literalmente, siempre que se dirigiese a la Administración una reclamación patrimonial de indemnización debería consultarse al Consejo de Estado. Una vez más, el legislador español ha establecido una regulación sin tener en cuenta los medios necesarios para ejecutarla: para cualquiera resulta evidente que un órgano que apenas dispone de una cuarentena de personas trabajando a tiempo completo, aparte del personal auxiliar, no puede hacer frente a las veintiseis competencias relativas a asuntos externos al Consejo de Estado, si además una de ellas es tan amplia como la reseñada: ello ha forzado una reinterpretación del artículo 22.13 LOCE, injustificable desde el punto de vista del razonamiento jurídico-formal, pero forzada por la naturaleza de las cosas. Pese a lo anterior, seiscientos veintiseis de los aproximadamente mil setecientos dictámenes emitidos por el Consejo de Estado durante el año 1992 trataron de responsabilidad patrimonial. Es, de lejos, la competencia que ha generado mayor actividad dictaminadora.

A los dos elementos anteriores ha de unirse forzosamente una referencia al tratamiento jurisprudencial de la obligación de consulta. No obstante tratarse de una jurisprudencia muy conocida, su análisis resulta pertinente como complemento de los dos anteriores y como parte del hilo argumental que lleva a la cuarta parte, el análisis de la función que el Consejo de Estado cubre en los procedimientos de responsabilidad. Función que no sería otra que la de facilitar el cumplimiento de un derecho constitucional de los ciudadanos como es el de integridad o indemnidad personal y patrimonial frente al funcionamiento de los servicios públicos, plasmación en el ámbito administrativo de diversos derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad o a la salud, entre otros.

Por último, podría echarse de menos en el presente trabajo una referencia a los problemas de articulación del dictamen del Consejo de Estado y la actuación de las Administraciones autonómicas. Este problema ha sido resuelto por el vigente Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad mediante una extensión, a mi juicio abusiva, de la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 27 de noviembre. La solución me parece abusiva porque supone trasladar una solución tomada para el ámbito específico de los reglamentos ejecutivos, como advierte el propio Tribunal Constitucional, a un terreno con claras peculiaridades, en el que el legislador estatal no está completamente vinculado por la decisión del Constitucional, y en el que la decisión debía de haberse tomado por el legislador ordinario, si no por el orgánico, en cumplimiento de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 107 de la Constitución. Pero abordar esta cuestión desbordaría con mucho el ámbito del presente trabajo: sólo puede hacerse desde el análisis global de la función constitucional del Consejo de Estado y no desde el estudio de las normas legales, reglamentarias y jurisprudenciales vigentes en un ámbito concreto de la actividad del Consejo de Estado.

Lo que va a intentar mostrarse es lo siguiente: el Consejo de Estado ha sido desplazado de su función de control en interés de la legalidad, siendo su función primordial en materia de responsabilidad la garantía de los derechos de los ciudadanos.

1. LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD Y EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO.

La cuestión central a tratar en este trabajo es la relativa al contenido que ha de tener el dictamen del Consejo de Estado y, como reflejo de ese contenido, la función que desempeña este órgano consultivo en los procedimientos de responsabilidad. Pero, precisamente porque el dictamen se inserta en un procedimiento concreto, es preciso examinar el papel que desarrolla en ese procedimiento, su relación con los otros trámites que lo integran, su articulación procedimental.

En los artículos 122 y 123 LEF, en los artículos 142 y 143 LAP y en el reglamento de desarrollo del Título X de la LAP -el ya citado Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad de 1993-, se regulan los procedimientos administrativos a seguir para determinar la existencia de responsabilidad. Han de estudiarse separadamente, por un lado, el procedimiento

“ordinario”, denominado así por la LAP y “general” por el Reglamento, que no presenta grandes novedades respecto a la regulación de 1957. Y por otro lado, el procedimiento “abreviado”, introducido por el Reglamento de 26 de marzo de 1993. Es especialmente interesante el papel central a cubrir por el dictamen del Consejo de Estado en este último caso.

El procedimiento para determinar la obligación de indemnizar de una Administración pública ha sido siempre un procedimiento “especial” (3). En la actualidad, el procedimiento se halla regulado en los artículos 142 y 143 LAP y, sobre todo, en el citado Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En la regulación actual destaca la existencia, junto al procedimiento general, de un procedimiento abreviado, que responde a la necesidad, señalada por la doctrina, de agilizar este tipo de procedimiento (4). Hay que señalar también, que las regulaciones especiales -como la de daños causados por actividades terroristas, los causados a vehículos extranjeros o la indemnización de contagiados por el VIH- prevén procedimientos específicos.

1. El procedimiento ordinario o general.

La regulación actual de los procedimientos en materia indemnizatoria tiene una orientación claramente garantista para el administrado, como puede comprobarse haciendo un somero repaso de sus trámites. Se trata de un repaso enojoso y quizás prescindible, pero que se incluye por un deseo de claridad.

La iniciación del procedimiento ordinario se hará normalmente a instancia del particular interesado, aunque también puede producirse de oficio

(3) El Decreto de 10 de octubre de 1958 determinó cuales eran los procedimientos regulados con anterioridad a la promulgación de la Ley de procedimiento que subsistían como “especiales” -es decir, a los que sólo se les aplicaba subsidiariamente el Título IV de la LPA-, en aplicación de la previsión contenida en la disposición final primera, 3 de la LPA de 1958. Entre ellos se incluyeron “los procedimientos en materia de Expropiación Forzosa” (artículo 1.1), en los que se consideró incluido el de responsabilidad administrativa, que estaba regulado en los artículos 133 y siguientes del Reglamento de la LEP. En consecuencia, siempre ha sido un procedimiento al que sólo supletoriamente le eran aplicables los preceptos procedimentales generales.

(4) L. MARTIN-RETORTILLO, “De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas”, en la *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 19, 1987.

(artículo 142 LAP). En este último caso, la iniciación se notificará a los interesados, que tendrán un plazo de siete días para personarse. Pero, aunque no lo hagan, el procedimiento se tramitará (artículo 5 del Reglamento). Si el interesado presuntamente lesionado no se persona en ningún trámite procedimental, el instructor deberá proponer el archivo provisional de las actuaciones; archivo que se convertirá en definitivo si el interesado no comparece dentro del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad (artículo 11.3 del Reglamento).

Contrariamente a lo que establecía la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, el plazo de un año para iniciar el procedimiento es de prescripción, no de caducidad. Es decir, que se interrumpe por el ejercicio judicial o extrajudicial de acciones, volviendo a iniciarse el cómputo del año para reclamar (5). Sin embargo, “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos”. La excepción es que la determinación de los hechos por el juez penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial (artículo 146.2 LAP).

En la misma línea de garantía de los damnificados, hay que situar el artículo 2.2 del Reglamento de indemnización a las víctimas de atentados terroristas, aprobado por el Real Decreto 673/1992. En este precepto se establece que si con posterioridad a la resolución administrativa -se entiende que denegatoria-, se dictase sentencia penal firme de cuyo contenido se dedujese la existencia de nexo causal entre un atentado terrorista y los daños sufridos por un particular, se abrirá un nuevo plazo para que los damnificados puedan instar la revisión del acto administrativo. Se trata en este caso de un supuesto específico de recurso de revisión, distinto de los establecidos en el artículo 118 LAP, aunque quizás podría entenderse comprendido en el número 2 del artículo 118.1, aunque no sea aplicable el plazo restrictivo de tres meses (6). Sería deseable que esta previsión específica se extendiese a los restantes supuestos de responsabilidad administrativa, aunque fuese en virtud de su aplicación analógica.

(5) A salvo de lo dispuesto para los daños causados por actos administrativos ilícitos, el plazo de un año para reclamar se cuenta a partir del momento en que se produjo el hecho dañoso o se manifestaron sus efectos. En caso de daños personales, el cómputo se efectuará desde su curación o desde el momento en que pueda determinarse el alcance de las secuelas (artículo 142.5 LAP).

(6) Art. 118.1. 2º: “Que aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recaída”.

El escrito en que el particular formule su solicitud, sujeto a las exigencias formales del artículo 70 LAP, tendrá como contenido obligatorio el relato de las circunstancias fácticas, la proposición de las pruebas necesarias acerca de la existencia del daño y, por último, la justificación de la relación de causa a efecto entre el daño y alguno de los títulos de imputación que permitan atribuir la obligación de indemnizar a la Administración pública. Por último, en el escrito se deben consignar también los elementos necesarios para valorar los daños (artículo 6.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad).

La instrucción del procedimiento corresponde al órgano inferior competente por razón de la materia y el territorio, y de existir varios órganos con competencia concurrente, el superior jerárquico común (artículo 12.3 LAP, por remisión del artículo 3.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad).

De conformidad con las reglas generales, el instructor del expediente tiene libertad de apreciación para estimar si han de pedirse informes a otros órganos administrativos y cuáles han de ser éstos (artículo 78 LAP y artículo 10.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad). Del mismo modo, cuando el instructor del expediente aprecie la existencia de dudas acerca de los hechos alegados por los interesados, o discrepancias con los relatados por los servicios administrativos interesados, procederá a la apertura del procedimiento de prueba. Las pruebas pertinentes serán determinadas por el instructor de oficio o a iniciativa de los interesados. En este último caso, el instructor del expediente sólo puede rechazar las pruebas propuestas cuando sean “manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada” (artículo 80 LAP).

Hasta la última reforma del procedimiento en materia de responsabilidad, la discrecionalidad de que gozaba el instructor tanto respecto a la petición de informes como a la prueba, sólo estaba condicionada por el principio de suficiencia del procedimiento, recogido actualmente en el artículo 78.1 LAP. El Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad de 1993 ha venido a limitar esta libertad de apreciación, estableciendo como preceptiva la solicitud de determinados informes durante la fase de instrucción. En este sentido, el informe del “servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable” tiene carácter preceptivo (artículo 10.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad).

Serán aplicables las disposiciones generales sobre audiencia de los interesados, aunque ligeramente reforzadas. Terminada la instrucción e inmediata-

mente antes de formular la propuesta de resolución, ha de darse traslado a los interesados para que aleguen lo que consideren pertinente (artículo 84 LAP). Como concreción del artículo 85.1 LAP, la Administración está obligada a incluir en la notificación del trámite de audiencia una lista de los documentos que figuren en el expediente, “a fin de que puedan obtener copia de los que estimen convenientes” (artículo 11.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad). Como en el régimen general, cuando en el expediente sólo figuren los hechos alegados por el interesado y no hayan intervenido haciendo alegaciones otros interesados con intereses contrapuestos, no ha de realizarse este trámite (artículo 84.4 LAP), lo que será frecuente en los procedimientos de responsabilidad.

El plazo para instruir y resolver es de seis meses, a los que puede añadirse el plazo necesario para la realización de un periodo extraordinario de prueba (artículo 13.3 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad). En consecuencia, no son aplicables las previsiones generales del artículo 42.2 LAP, que sólo tienen carácter supletorio.

La intervención del Consejo de Estado no se producirá en esta fase, ya que no es un acto de instrucción, sino que se integra en la fase de resolución, una vez formulada ya la propuesta de resolución (artículo 12 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad). Será el último trámite antes de la resolución, si se exceptúa el ejercicio de la intervención previa o crítica por la Intervención General de la Administración del Estado, asunto polémico sobre el que habremos de volver más adelante.

Hasta la última reforma, la competencia para resolver correspondía claramente al Jefe del Departamento ministerial del que dependiese el funcionario o servicio productor del daño. Y ello, porque sólo el Jefe del Departamento o el Presidente del Gobierno pueden consultar al Consejo de Estado, y a ellos les corresponderá además resolver una vez que el Alto cuerpo consultivo haya dictaminado. Además, se trataba de una competencia indelegable, según disponía el artículo 22.3.b LRJAE para las relaciones con el Consejo de Estado, ahora derogado por la LAP. Sin embargo, la lógica institucional parece imponer la misma solución en la praxis administrativa.

La LAP y el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad de 1993 establecen la posibilidad de que la terminación de los procedimientos se realice de forma convencional, por acuerdo entre la Administración y el perjudicado o su causahabiente. La terminación convencional de los procedimientos se regula con carácter general en el artículo 88 LAP, concretado en relación a la materia de responsabilidad en los artículos 8, 11.2 y

13.1 del Reglamento. La terminación convencional puede proponerse por el órgano instructor en cualquier momento de la tramitación del expediente, en cuyo caso el órgano competente para resolver podrá firmar el acuerdo con el interesado. Sin embargo, esta forma de terminar el procedimiento no excusa de solicitar el informe del Consejo de Estado cuando resultase preceptivo. En este caso se remitirá al Consejo de Estado la propuesta de acuerdo, además del resto del expediente, y el dictamen tendrá el contenido habitual.

El que en el procedimiento ordinario de responsabilidad el dictamen del Consejo de Estado no sea renunciable por el perjudicado, al contrario de lo que en cierta manera ocurre con alguno de los procedimientos especiales, como pueda ser el de indemnización por los daños sufridos por vehículos extranjeros objeto de violencias en España, es indicio de que el autor del Reglamento no considera que el objeto único del dictamen sea la garantía del particular, sino que la finalidad de su intervención se relacionará también con su antigua vocación en relación con la buena gestión de la Hacienda Pública y la garantía objetiva de la legalidad. Esto no obstante, en este trabajo se sostiene que la función “preponderante” del dictamen en materia de responsabilidad debe ser la salvaguardia de los justos intereses de los ciudadanos perjudicados en su integridad personal o patrimonial.

2. El procedimiento abreviado de responsabilidad.

La regulación de este procedimiento se halla en el artículo 143 LAP y 14 a 17 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad. Es uno de los aspectos más interesantes de la nueva regulación. Si en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, el instructor llega a la conclusión de que la relación de causalidad, la valoración del daño y la determinación de la cuantía de la indemnización son “inequívocas” -en sentido favorable a la existencia de responsabilidad o en sentido desfavorable-, podrá suspender el procedimiento general e iniciar la tramitación del procedimiento abreviado. El Consejo de Estado, o el órgano que lo sustituya en el caso de las Comunidades autónomas, deberá informar en un plazo de diez días desde la formulación de la consulta, y el órgano competente deberá resolver en un plazo de treinta desde su iniciación. El silencio administrativo tendrá carácter negativo, igual que en el procedimiento ordinario.

El fin de este procedimiento es agilizar los trámites en beneficio del particular, y esta finalidad es lo que caracteriza toda su regulación. Si el dictamen del Consejo de Estado o el del órgano equivalente discrepa de la propuesta

de resolución, el órgano competente para resolver tendrá que levantar la suspensión del procedimiento general y remitirá el expediente al órgano competente para continuar la instrucción (artículo 17.1 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad).

Por expresarlo de otro modo, el dictamen del Consejo de Estado tiene una virtualidad habilitante u obstativa en los procedimientos abreviados: una reclamación sólo puede resolverse por esta vía si el Consejo de Estado u órgano equivalente aprueba lo actuado y la propuesta de resolución. Es decir, que *se ha construido un nuevo supuesto de dictamen cuasivinculante*.

Esta eficacia reforzada del dictamen, que supone una clara garantía para el particular, hace mucho más problemático que no se haya contemplado ningún trámite sustitutivo en los ámbitos local o institucional, en los que el dictamen, sencillamente, no existe.

3. La ubicación procedimental del dictamen del Consejo de Estado: el problema de su articulación con la intervención crítica o previa de la Intervención General del Estado.

En los procedimientos de responsabilidad tiene una especial relevancia el trámite de fiscalización previa o crítica por la Intervención del Estado, que ha sido también uno de sus aspectos más controvertidos.

La Ley General Presupuestaria utiliza, desde su primera redacción, un concepto de Hacienda pública como "constituida por un conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado" (artículo 2) (7). Es decir, un concepto mucho más amplio que el que utilizaba la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, a la que la LGP vino a sustituir. De este concepto general, en la propia Ley se extraen consecuencias para el ejercicio de las funciones de intervención y de control financiero y de eficacia (artículos 16 y siguientes y 92 y siguientes).

(7) Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria. Los preceptos relativos a las modalidades de intervención de la Intervención General del Estado y de las Intervenciones-delegadas se han mantenido en los mismos términos en lo que se refiere a la intervención previa o crítica de la Administración del Estado en la redacción actual, aprobada por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. La excepción es la previsión del artículo 95 de que en determinados casos la intervención crítica tenga un carácter limitado, circunscrito a la comprobación de determinados extremos, en vez de ser un control general sobre toda la regularidad de la actuación administrativa, tanto desde el punto de vista financiero como de legalidad sustantiva.

Concretamente, el artículo 92 LGP establece que "todos los actos, documentos y expedientes de la Administración civil o militar del Estado de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico serán intervenidos". El ámbito de la intervención previa o crítica, establecida por el artículo 93.2.a LGP tiene por objeto la propuesta de resolución y, como regla general, supone el examen no sólo a los aspectos relativos a la legalidad financiera que presente el expediente, sino también a todos los aspectos de legalidad sustantiva que puedan presentarse.

Como puede observarse, las funciones respectivas del dictamen del Consejo de Estado y el contenido de la intervención crítica se solapan, produciendo además efectos bastante similares. La nota de reparo sólo puede ser levantada por el Consejo de Ministros, por lo que el ministro tendrá que conformarse a su contenido o plantear la cuestión ante el Consejo de Ministros (artículo 98.1.b LGP). De la misma manera, el Ministro sólo puede resolver de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado o trasladar la resolución al Consejo de Ministros (artículo 2.5 LOCE). Por otra parte, ambas actuaciones han de realizarse a la vista de un expediente completamente instruido.

Esta serie de coincidencias ha motivado una polémica entre el Consejo de Estado y la Intervención General del Estado acerca del orden relativo de sus respectivas intervenciones en la tramitación del expediente. En otros términos, sobre si la función interventora se realiza antes o después de que el Consejo de Estado dictamine. Enfrentamiento que parece haber llegado en algún momento al extremo de que *el Centro interventor haya formulado nota de reparo en algunos expedientes de responsabilidad por faltar el dictamen del Consejo de Estado*. Como la nota de reparo produce la traslación de la competencia al Consejo de Ministros, igual que el dictamen del Consejo de Estado, el resultado de estos reparos y dictámenes negativos y cruzados, contradictorios entre sí, podría haber llegado a llenar el orden del día de los Consejos de Ministros con expedientes de responsabilidad sin especial trascendencia (8).

Este problema ha de analizarse, en mi opinión, desde una triple perspectiva. Se examinan por ello seguidamente (A) los preceptos legales que disciplinan el dictamen del Consejo de Estado sobre los expedientes de responsa-

(8) Las peripecias sucesivas de esta curiosa controversia aparecen detalladamente narrados en J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, "Intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado en los expedientes indemnizatorios", en el vol. col. *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 25 y ss.)

bilidad, para pasar a continuación a (B) la naturaleza jurídica del acto de intervención previa o crítica, además de (C) la solución dada, aunque indirectamente, por el Consejo de Ministros.

A) El régimen del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad.

El artículo 22.13, relativo a la obligación de consultar sobre las reclamaciones en concepto de indemnización de daños y perjuicios, el artículo 2.4, relativo al carácter final que ha de tener el dictamen del Consejo de Estado, y el artículo 19, que se refiere a la declaración de urgencia de determinados expedientes, todos de la LOCE, son adaptados a los procedimientos en materia de responsabilidad por los artículos 12 y 16 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 129/1993, de 26 de marzo.

Según estos artículos, al Consejo de Estado se le remite un expediente ya completamente instruido, concluido el trámite de audiencia y redactada la propuesta de resolución o de acuerdo con el interesado, y ha de remitirse completo. El Consejo de Estado habrá de pronunciarse sobre la existencia de relación de causalidad, la valoración del daño y sobre la modalidad y cuantía de la indemnización. Y ello, en un plazo de dos meses en los expedientes ordinarios. Plazo que se reduce a diez días en los procedimientos abreviados, a través de los cuales podrá sustanciarse la reclamación cuando las circunstancias sean “inequívocas”, tanto inequívocamente favorables al reconocimiento de la responsabilidad como inequívocamente desfavorables.

El dictamen del Consejo de Estado se dirige al órgano competente para resolver. Y esta afirmación, aparentemente poco problemática, es utilizada por AGUILAR para argumentar que el expediente debe ser sometido a la Intervención General del Estado *antes* de remitirlo al Consejo de Estado. Una de las razones argumentadas por la Intervención era que en ocasiones había cambiado su opinión previa sobre un asunto a la vista del dictamen del Consejo de Estado. El autor citado replica que “esta afirmación da por supuesto que el Centro Fiscal es uno de los órganos administrativos destinatarios de los dictámenes y pareceres del Consejo de Estado, puesto que es a la vista de los mismos como reconoce tomar sus decisiones” (9).

(9) J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, “Intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado en los expedientes indemnizatorios”, p. 45.

Creo que no estamos ante un argumento concluyente. Ese argumento concluyente, como el autor citado reconoce, será el de la naturaleza jurídica del acto de intervención. Concretamente, el carácter de informe administrativo o la naturaleza peculiar de la nota de conformidad o de la nota de reparo en las que se expresa la intervención crítica.

B) La naturaleza jurídica de la intervención crítica.

El Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial establece que al Consejo de Estado ha de serle remitido un expediente completamente instruido. Pero eso no es significativo si se tiene en cuenta la tradicional desconexión entre procedimientos administrativos y procedimientos presupuestarios, que siempre han tenido regulaciones separadas que se ignoraban mutuamente, como ha puesto de relieve VILLAR PALASI (10). Dada esta desconexión, es inútil buscar la solución únicamente en el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad, en el que se buscará inútilmente cualquier referencia directa o indirecta al trámite de intervención crítica.

Sin embargo, el artículo 2.4 LOCE declara enfáticamente que “los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado *no podrán remitirse a informe de ningún otro Cuerpo u órgano de la Administración del Estado*”, y que para los dictaminados por la Comisión Permanente, como es el caso de los expedientes de responsabilidad, la única excepción es el informe por el Pleno. En consecuencia, ha de determinarse si la conformidad o el reparo en los que se plasma la intervención crítica según los casos, tienen o no la naturaleza jurídica de informes administrativos.

(10) J. L. VILLAR PALASI, “Legalidad administrativa y financiera”, en el vol. col. *Control del gasto público*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 225. Dicho sea de paso, este autor se pronuncia sobre la cuestión que nos ocupa, aunque de pasada y de forma contradictoria. Por un lado afirma que “una intervención negativa de gasto debe preceder a la propuesta de resolución y debe estar por tanto concedida en aquella parte del expediente que es objeto de la vista y audiencia necesaria” (p. 228), con lo que la intervención crítica tendría lugar antes de la remisión del expediente al Consejo de Estado. Sin embargo, un poco más adelante el citado autor señala que “la actual intervención, siendo un requisito de eficacia en su esencia, puede y debe tener en cuenta los asesoramientos jurídicos dentro del procedimiento administrativo, incluido el propio informe del Consejo de Estado en cuanto al fondo jurídico de los problemas que se susciten” (p. 231), con lo que la intervención crítica tendría que tener lugar después de emitido su dictamen por el Consejo de Estado. No obstante, esta segunda opinión parece más acorde con el sentido general de su argumentación, como se expondrá seguidamente.

Pero antes es preciso hacer algunas precisiones sobre el régimen jurídico de este tipo de actuaciones. Como ya se ha señalado, el origen del problema está en el concepto sumamente amplio de Hacienda Pública y del ámbito de actuación de la Intervención. En aplicación de estos preceptos, el Consejo de Estado se ha pronunciado a favor de la obligatoriedad de su inclusión en los procedimientos de responsabilidad, en la moción de la Comisión Permanente núm. 78, de 16 de julio de 1981, reiterando posteriormente su posición en el dictamen de 2 de abril de 1987 (exp. núm. 49.806).

Hay que señalar, sin embargo, que el Tribunal Supremo ha negado la interpretación expansiva del concepto de Hacienda pública propugnado por el Consejo de Estado, ya que

“supondría, en definitiva, *desorbitar la actuación de la Intervención del Estado fuera de los límites señalados en los artículos 93 y 100 de la Ley General Presupuestaria, como forma de fiscalización del gasto público, ya que la mayoría de las resoluciones administrativas tienen alcance económico, pero al resolverse en las mismas una cuestión exclusivamente jurídica, no es necesaria aquella actuación interventora*”.

No obstante, esta sentencia del Tribunal Supremo, la de 9 de octubre de 1984 (Ar. 4959), no se refería específicamente a un supuesto de responsabilidad patrimonial. Además, utiliza un argumento referible a la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, pero no a la Ley General Presupuestaria. Por último, la práctica administrativa de la Administración del Estado ha generalizado la actuación interventora en la tramitación de los expedientes de responsabilidad.

Por otra parte, según el artículo 2.3.2º, párrafo segundo, letra b), del Real Decreto 1124/1978, de 12 de mayo -como puede observarse, la sistemática de la norma deja bastante que desear-, de funciones de la Intervención General de la Administración del Estado, será ésta y no las Intervenciones-Delegadas el órgano encargado de informar en aquellos asuntos que haya de dictaminar el Consejo de Estado, lo que sucede en el caso de los expedientes de responsabilidad (11). Sin embargo, parece no ser inusual en la práctica

(11) El precepto citado dice textualmente, en lo que se refiere concretamente a nuestro asunto: “Asimismo será fiscalizados por dicho Centro Interventor: (...) b) Aquellos que deban ser informados por el Consejo de Estado, el de Economía Nacional o la Dirección General de lo Contencioso”. El tenor literal de este artículo es utilizado por AGUILAR en su argumentación, quien afirma que “tal mención utiliza un modo y un tiempo gramatical que expresan inequívocamente -de acuerdo con las reglas que rigen nuestra lengua- que la participación del Centro Fiscal en tales expedientes es temporalmente previa a la del Consejo de Estado” (J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, “Intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado en los expedientes indemnizatorios”, p. 40). Lo cierto es que, sin ánimo de entrar en una discusión gramatical, no se ve por qué el presente de subjuntivo ha de implicar necesariamente tiempo futuro.

que estos informes sean emitidos por las Intervenciones Delegadas, en vez de por el Centro directivo (12). De todas formas, para que la nota de reparo surta el efecto que le es propio -es decir, trasladar la competencia para resolver al Consejo de Ministros- ha de ser confirmada por la Intervención General (artículo 98.1.b LGP).

Las posiciones enfrentadas se resumen rápidamente (13). Los partidarios del carácter final del dictamen del Consejo de Estado entienden que en el expediente remitido al Consejo para consulta ha de incluirse la nota de conformidad o de reparo, expresión del trámite de intervención crítica o previa. Este bloque está integrado por *el propio Consejo de Estado y, entre la doctrina, J. AGUILAR*, que sostiene la naturaleza jurídica de informes administrativos que tienen el “conforme” o el “reparo” en que se expresa la intervención crítica. Es más, el Consejo de Estado ha afirmado que

“el informe del Interventor-Delegado se debe producir en un momento muy avanzado de la tramitación del expediente, pero no es el informe final que recae en el mismo, lo cual puede hacer que ya el ulterior informe de la Asesoría Jurídica, ya el dictamen de este Consejo de Estado, aprecien otros aspectos del expediente distintos de los contemplados en la propuesta de resolución, formulando una nueva propuesta distinta, y aún contraria, de la que ha sido informada por el Interventor-Delegado” (14).

Aunque, por otra parte, el lenguaje utilizado entre nosotros por las normas reglamentarias no es, ni de lejos, tan cuidadoso como para que se puedan hacer excesivas deducciones de un tiempo verbal, aunque no deje de ser noticia que se utilice el subjuntivo.

Por otra parte, en esos casos específicos se establece que la intervención previa ha de ser realizada por la Intervención General del Estado, rectificando la práctica establecida con anterioridad, que aparece descrita en la moción del Consejo de Estado núm. 78, de 16 de julio de 1981. Y esta rectificación sólo puede interpretarse como un signo de deferencia hacia el Consejo de Estado y la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, al no estimar apropiado que una simple Intervención-Delegada rectifique a estos centros directivos.

(12) En 1981, el Consejo de Estado todavía se refería reiteradamente a las Intervenciones-Delegadas como lo órganos competentes para realizar la intervención crítica en este tipo de procedimientos (moción núm. 78, de 16 de julio de 1981).

(13) J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, “Intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado en los expedientes indemnizatorios”, pp. 32 y ss.

(14) Moción núm. 78, de 16 de julio de 1981. Es preciso señalar que la argumentación de esta moción es bastante pobre y que, en consecuencia, el peso de la argumentación que se resume a continuación son las razones formuladas por J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA. La razón de la parquedad del Consejo de Estado se debe probablemente a que la prioridad temporal de la intervención era una doctrina tradicional del Consejo de Estado, aunque hasta esos momentos referida a la habilitación de créditos extraordinarios u otros supuestos de contracción de gasto, puesto que la inclusión de la intervención en los procedimientos indemnizatorios es relativamente reciente. En este sentido pueden citarse, entre otros, los dictámenes de 22 de marzo y 12 de abril de 1950 (núms. de expediente 5.851 y 5.987), de 30 de noviembre de 1956 (exp. núm. 20.334) y de 8 de octubre de 1964 (exp. núm. 33.219). En este último dictamen se contenía toda una doctrina sobre la articulación entre dictamen del Consejo de Estado e intervención.

Esta conclusión se apoya en un triple razonamiento, con el que se pretende justificar la naturaleza de informe administrativo de la intervención crítica. En primer lugar, el examen de los preceptos que la derogada Ley de procedimiento administrativo de 1958 dedicaba a la instrucción del procedimiento y, más concretamente, a los informes (artículos 84 a 87). No obstante, la argumentación puede apoyarse en igual medida en los actualmente vigentes artículos 82 y 83 LAP. Según se argumenta, los órganos administrativos pueden intervenir en la tramitación de un procedimiento únicamente a través de dos modalidades: en calidad de instructor o emitiendo un informe. Como señala AGUILAR, los informes “quedan concebidos, pues, entre nosotros, como una figura general, como una vestidura formal de la intervención de los diversos órganos administrativos no instructores interesados en cada procedimiento”.

A este primer argumento, que es el principal, se une un argumento de tipo literal, con apoyo en determinadas referencias expresas de la Ley General Presupuestaria (por ejemplo, “informe favorable”, en el artículo 98.2).

En tercer lugar, AGUILAR realiza un somero análisis del régimen jurídico de la intervención crítica para negar que existan peculiaridades que separen el régimen jurídico de la intervención crítica, del régimen de los informes administrativos. Este tercer argumento se puede descomponer en dos razonamientos parciales. Para empezar, la finalidad sería la misma en ambos casos: cada órgano administrativo que interviene en el procedimiento lo hace como portador de unos intereses específicos: los que le encomienda el ordenamiento. Y la tutela de la legalidad financiera por parte de la Intervención del Estado no es un excepción.

Por otra parte, la peculiaridad consistente en las consecuencias para el interventor que emite un parecer favorable al reconocimiento de una obligación, y que lo convierte en corresponsable junto a la autoridad que resuelve desde un punto de vista contable, es negada por AGUILAR. Según este autor, esta responsabilidad sólo puede ser contraída por los interventores a través de la intervención formal del pago, pero no en la fase de intervención crítica o previa (15).

Partiendo de que el informe de la Intervención General de la Administración del Estado es anterior al del Consejo de Estado, en este dictamen se admitía, sin embargo, que se sometiese el expediente previamente al Consejo de Estado para pedir su opinión sobre cuestiones específicas, por ejemplo, la procedencia de una resolución tardía. No obstante, se señalaba que una vez emitido su informe por la Intervención, el expediente debe volver al Consejo de Estado para que emita su dictamen preceptivo sobre el fondo del asunto.

(15) Sobre este último punto, expresando la opinión contraria, J. L. VILLAR PALASI, “Legalidad administrativa y financiera”, cit. p. 230.

Argumentos todos ellos de notable peso, pero que han de ser contrastados con los esgrimidos por la Intervención General del Estado. La *posición de la Intervención General del Estado* consiste, justamente, en negar que los actos de intervención crítica tengan la naturaleza jurídica de informes administrativos (16). Para ello va a dar tres órdenes de razones.

- a) En primer lugar, la finalidad del acto de intervención, que no es “iluminar” a la autoridad competente en la toma de su decisión, sino que tiene una *finalidad de garantía* en el manejo de los fondos públicos.
- b) En segundo lugar, su forma, ya que los informes administrativos han de motivarse como requisito indispensable para cumplir la función que tienen asignada en el procedimiento administrativo. Por el contrario, la motivación en los actos de intervención crítica no tiene otro objeto que el de la justificación de su contenido, que es el que produce sus efectos peculiares.
- c) Finalmente, en tercer lugar, esos mismos efectos separarían a los actos de intervención crítica de los dictámenes. Estos efectos diferentes serían que, mientras que como regla general los informes administrativos no vinculan a su destinatario, el reparo de que esté, o bien directamente formulado, o bien confirmado por la Intervención General de Estado, comporta la traslación de la competencia para decidir al Consejo de Ministros (artículo 98.1.b LGP). Por otra parte, mientras el titular de un órgano administrativo no se hace responsable de la decisión, el interventor asume la doble responsabilidad del acto de intervención y del acto intervenido. Además, la omisión de un informe administrativo preceptivo acarrea la “anulabilidad no convalidable” del acto administrativo, mientras que la *ausencia de fiscalización previa no acarrearía sino una invalidez subsanable por decisión del Consejo de Ministros* (17).

(16) El resumen de la argumentación de la Intervención General del Estado puede verse en J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, “Intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado en los expedientes indemnizatorios”, cit. p. 29.

(17) Respecto a la vigencia de este concreto argumento, hay que señalar que la tradicional prohibición de convalidar la falta de un informe administrativo contenida en el artículo 53.5 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 no aparece en la LAP. Sin embargo, y pese a esta omisión, parece absurdo plantearse que el legislador haya pretendido convertir en convalidable la omisión de un informe preceptivo: esto sólo tendría sentido en el caso de algunos informes vinculantes que de hecho funcionan como autorizaciones, pese a insertarse formalmente en el procedimiento en un momento anterior a la decisión. En parecido sentido se ha pronunciado LAVILLA RUBIRA al comentar la nueva ley, considerando que se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho y que la prohibición de convalidación debe mantenerse (J. J. LAVILLA RUBIRA, “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos”, en el vol. col. *Administraciones públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pp. 520 y s.)

La doctrina hacendística ha examinado la naturaleza del acto de intervención previa en relación con los efectos de su omisión, concretamente su influencia sobre la validez del acto de autorización del gasto, pero no respecto a su articulación con el dictamen del Consejo de Estado. Y sus pronunciamientos se han acercado mucho más a la posición de la Intervención General del Estado que a la del Consejo de Estado.

Según PALAO, la omisión de la fiscalización previa produce la anulabilidad del acto de autorización del gasto, y en esto es igual que la omisión de un informe preceptivo. Sin embargo *no jugaría aquí la regla que impide la*

La otra posible finalidad del legislador podría haber sido la corrección de la línea jurisprudencial minoritaria que venía apoyándose en el art. 53.5 LAP, para considerar que toda omisión de un informe preceptivo acarrea la nulidad de pleno derecho. Posición que coincide con la mantenida por el Consejo de Estado pero respecto a la omisión de sus propios dictámenes (dictamen de 27 de mayo de 1981, exp. núm. 43.200, entre otros muchos). Ciertamente, el Tribunal Supremo ha señalado a menudo que la omisión del dictamen del Consejo de Estado no sigue el régimen general de los vicios de forma, sino que produce la nulidad de pleno derecho del acto administrativo [sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1979 (Ar. 2310) o de 31 de diciembre de 1989 (Ar. 4659), entre otras muchas]. El propio Consejo de Estado, que considera que la omisión de informes preceptivos no provoca sino la anulabilidad del acto, aunque ciertamente se trate de un vicio no convalidable (dictamen de 14 de julio de 1964, exp. núm. 32.779), ha calificado tradicionalmente la omisión de su propio dictamen como causante de nulidad de pleno derecho (dictámenes de 26 de abril, de 24 de mayo y de 7 de julio de 1950, expedientes números 6.022, 5.936 y 6.128, respectivamente). Sin embargo, el Consejo de Estado ha hecho una interesante matización para el caso de los contratos administrativos, en los que la falta de dictamen preceptivo del Consejo de Estado no motiva la inexistencia del vínculo contractual (dictamen de 5 de julio de 1956, exp. núm. 19.622).

En todo caso, hay que resaltar que el carácter insubsanable de la omisión de un informe administrativo ha sido una convicción generalmente compartida por la doctrina, al menos desde la publicación de un célebre artículo de LUCIFREDI en 1938 (R. LUCIFREDI, "Inammissibilità di un esercizio 'ex post' della funzione consultiva", en el vol. col. *Raccolta di scritti in onore a Giovanni Vacchelli*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milán, 1938, pp. 283-320). Aunque alguno de los argumentos empleados por LUCIFREDI tuviese un mero carácter coyuntural, otros conservan su validez. Se pueden destacar tres ideas de la argumentación del autor italiano: a) Un órgano consultivo interpelado una vez emitido el acto administrativo es incompetente para emitir su dictamen, ya que la ley define su competencia como la emisión de su parecer "durante" el procedimiento y no una vez éste concluido. b) En segundo lugar, un acto de ratificación es un acto de voluntad que corresponde al órgano competente para anular el acto: la ratificación podría tener lugar por un acto de voluntad una vez emitido el informe tardío, pero en ningún caso por la mera omisión del dictamen o informe tardío. De todas formas, podemos añadir nosotros, en este caso estaríamos ante la figura que en nuestra legislación de procedimiento administrativo se denomina "conversión" y no ante una ratificación. c) Por último, la admisión incluso de lo que en Derecho español se denomina "conversión" supondría la desvirtuación total de la función consultiva: ésta se reduciría a la emisión de un informe cuyo contenido es totalmente indiferente para la autoridad consultante, cuya intención es simplemente confirmar su decisión anterior.

convalidación de la falta de un informe administrativo. Y ello se debe, según este autor, a que la fiscalización, como acto de control, tiene una naturaleza distinta que la de los informes administrativos: el acto de intervención previa *no está destinado a contribuir a la formación de la voluntad del órgano*

Este último argumento no parece admisible si se tiene en cuenta la regulación que de la conversión hace la actual regulación básica del procedimiento administrativo y la interpretación que de ella hacen el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo. El Consejo de Estado ha aceptado la "convalidación" mediante una nueva resolución en los dictámenes de 18 de junio y de 14 de julio de 1960 (expedientes núm. 26.465 y 26.360, respectivamente). También se admite la convalidación, y en este caso la terminología es la adecuada, en el caso de emisión del dictamen preceptivo durante la tramitación del recurso administrativo (dictamen de 11 de diciembre de 1969, exp. núm. 36.795). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de marzo de 1976 (Ar. 2119).

No obstante, en la doctrina española ha surgido recientemente una voz crítica, la de BELADIEZ, cuya crítica se apoya en última instancia en una concepción puramente procesal de la nulidad de pleno derecho que, por otra parte, parece estar imponiéndose en nuestro Derecho administrativo (Margarita BELADIEZ, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994). Esta autora niega valor al argumento de que el órgano consultivo puede verse condicionado por el contenido del acto administrativo ya emitido: la subsanación habría de ser valorada objetivamente, sin entrar en los motivos del órgano consultivo, como no sea para fundar en ellos la alegación de desviación de poder. Sin embargo, este argumento puede volverse por pasiva: la extemporaneidad debe ser considerada normalmente un indicio de desviación de poder, debiendo la Administración probar su inexistencia, conforme a las reglas que rigen este instituto en nuestro Derecho. Pero el argumento fundamental empleado por la autora es que no puede considerarse que el ejercicio *ex post* de la actividad consultiva carezca de eficacia: "la función de la Administración activa no termina con la resolución, sino que esta función se va a poder ejercer mientras la Administración tenga la posibilidad de volver a revisar la decisión". Creo que la solución puede ser aceptable -aunque no su argumentación- cuando el informe se emita durante la tramitación de un recurso administrativo, aunque la libertad de decisión de la Administración se encuentre considerablemente recortada por la prohibición de *reformatio in pejus*. Fuera de este supuesto, en el que el acto administrativo no es firme, no puede entenderse el supuesto de dictamen tardío y nueva resolución como una convalidación o ratificación del primer acto, sino más bien como un supuesto de eficacia retroactiva de un acto administrativo dictado en sustitución de otro anterior que sea nulo, aprovechando los trámites no viciados de nulidad, supuesto contemplado en los artículos 57.3 y 66 LAP. Por otra parte, BELADIEZ parece estar pensando al formular su argumentación en los dictámenes de contenido jurídico como informes típicos, por lo que plantea la posibilidad de que "la emisión tardía del informe subsana el vicio de forma, pero revela un vicio de fondo", con lo que el dictamen tardío ilumina a la Administración sobre la conveniencia de revisar de oficio el acto administrativo. Sin embargo, el informe de contenido jurídico y limitado a los aspectos de mera legalidad, dejando de lado los de oportunidad, es una excepción. Teniendo además en cuenta que la revocación por motivos de oportunidad sigue siendo una posibilidad sólo prevista para supuestos concretos y que la revisión de oficio está limitada a determinados vicios de legalidad, no parece admisible sostener, como hace la autora citada, que la Administración mantiene su capacidad de decisión una vez dictado un acto. No es así, afortunadamente para la seguridad jurídica.

En consecuencia, creo que puede afirmarse que la falta de un informe preceptivo sigue sin ser convalidable en Derecho español.

administrativo decisor, sino al *examen de la legalidad del acto por una instancia independiente*. Sería precisamente esta *diferencia de naturaleza jurídica* lo que hace admisible la convalidación (18).

LOZANO SERRANO y MARTIN QUERALT discrepan de la opinión anterior en cuanto a los efectos de la omisión, aunque coincidan respecto a la naturaleza peculiar del acto de intervención previa y al carácter convalidable de su omisión. Sin embargo, según estos autores la falta de intervención previa *no produce la invalidez del acto de autorización del gasto* -es decir, en este concreto caso, del acto administrativo que reconozca la existencia de la obligación de indemnizar- sino que produce sus efectos *sobre la disposición del gasto*. Es decir, que impedirá el pago de la deuda -la ejecución del acto administrativo-, reconocida válidamente, al no ser posible la intervención formal del gasto mientras no se subsane el defecto anterior (19). Estos últimos autores parecen considerar absolutamente separados los procedimientos administrativos y los presupuestarios, desarrollados de forma paralela e independiente, pero coinciden con PALAO en la naturaleza peculiar del acto de intervención crítica, que no coincidiría con la de un informe administrativo.

En la doctrina administrativista ha sido principalmente el profesor VILLAR PALASI quien se ha ocupado del tema, incluso con alguna referencia de pasada a la articulación entre intervención crítica y dictamen del Consejo de Estado (20). La opinión de este autor coincide sustancialmente con la de LOZANO SERRANO y QUERALT: la intervención se llevaría a cabo a través de un procedimiento separado de la elaboración del acto administrativo sustantivo o acto de autorización del gasto, en terminología hacendística. La articulación de ambos se haría, según VILLAR PALASI, a través del artículo 45 LPA (de contenido coincidente con el del actual artículo 57.2 LAP). Es decir, como un *requisito de eficacia*. En palabras de este autor, "la intervención previa o crítica es un acto suspensivo de eficacia hasta el momento en que se produzca". Se trataría de otro requisito de eficacia. Como consecuencia, la omisión del trámite no comporta la invalidez del acto, pero sí su ineficacia, lo que produce disfunciones, que el autor señala, debidas a la falta de conexión de ambos procedimientos. Sin embargo, VILLAR PALASI introduce en esta línea general una matización al añadir posteriormente que

(18) C. PALAO TABOADA, *Derecho financiero y tributario*, Colex, Madrid, 1987, pp. 133 y ss.

(19) J. MARTIN QUERALT y C. LOZANO SERRANO, *Curso de Derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 602 y ss.

(20) J. L. VILLAR PALASI, "Legalidad administrativa y financiera", cit. pp. 328 y ss.

el acto de intervención, una vez producido, "es una conducta iuris de validez si se trata de un reparo puramente fiscal, y de eficacia, si se trata de un reparo de fondos". Coherentemente, al hacer varias sugerencias de *lege ferenda* VILLAR PALASI señala que "es necesario indicar que la actual intervención, siendo un requisito de eficacia en su esencia, *puede y debe tener en cuenta los asesoramientos jurídicos dentro del procedimiento administrativo, incluido el propio informe del Consejo de Estado* en cuanto al fondo jurídico de los problemas que se susciten" (el subrayado es mío). Sugerencia de *lege ferenda* que iba a ser seguida, si no por el legislador, sí por el Consejo de Ministros.

Puede concluirse que la doctrina dominante, tanto en el campo hacendístico como en el del Derecho administrativo, es claramente partidaria de considerar actos de intervención crítica e informes administrativos como actos de naturaleza diferente. En consecuencia, al integrarse en la fase de decisión -y no en la de instrucción- y tener por objeto el *control* de la totalidad del expediente, parece que deberán elaborarse con posterioridad a la emisión de su dictamen por el Consejo de Estado y teniendo en cuenta éste.

C) La solución del Consejo de Ministros.

La cuestión que nos ocupa iba a ser resuelta, por lo menos en el ámbito de la Administración del Estado, por un Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 1988. Pero para situar este acuerdo en su contexto adecuado es preciso exponer brevemente el problema que vino a resolver, que no era sino indirectamente el que ahora nos ocupa.

El artículo 95 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, fue modificado por la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, haciendo posible una modalidad más sencilla de la función interventora previa, que sería aplicable en determinadas materias en vez del sistema general. Esta nueva redacción es la que ha pasado al texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Con esta reforma se vino a establecer una nueva modalidad del proceso de fiscalización para sustituir en determinadas materias a la evaluación de todos los aspectos de la legalidad financiera y sustantiva, que era el practicado hasta la fecha. En las materias para las que así se estableciese por acuerdo del Gobierno, se realizaría una modalidad de intervención con dos niveles sustancialmente diferentes. El primero de ellos sería un control *a priori* sobre todos los actos, documentos y expedientes susceptibles de producir obligaciones de contenido

económico, limitado a comprobar los extremos que determina el propio artículo 95.3 LGP (la existencia de crédito presupuestario, la verificación de la competencia del órgano y *aquellos otros que el Consejo de Ministros considere relevantes para cada caso concreto* “por su trascendencia en el proceso de gestión”). El segundo de los niveles es un control de tipo integral y *a posteriori* que examina la legalidad, eficiencia y economía de la gestión y determina el grado de regularidad formal en la ejecución del gasto público; es decir, que se examinan tanto los aspectos de legalidad financiera, como los de legalidad sustantiva (21).

Este sistema de fiscalización ha sido establecido para determinadas materias en virtud de acuerdos del Consejo de Ministros para determinadas modalidades de contratos administrativos (resoluciones de 11 de marzo y de 4 de noviembre de 1988), de prestaciones de la seguridad social, clases pasivas y contratación de personal laboral (resoluciones de 2 de diciembre de 1988 y de 28 de julio de 1989), etcétera. Este es el contexto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 1988, por el que se establece el sistema de fiscalización limitada previa que regula el artículo 95 de la LGP, para la tramitación de las reclamaciones dirigidas a la Administración del Estado, entre otras, en materia de responsabilidad extracontractual (22). Pues bien, en los expedientes de indemnización *el extremo adicional a comprobar por los*

(21) Esta segunda modalidad de control tendría como finalidad el ofrecer información detallada sobre los órganos gestores y facilitar la normalización de procedimientos. Este control *a posteriori* que, según la disposición adicional primera de la LGP, puede efectuarse por muestreo, ha de realizarse de conformidad con la circular de la Intervención General del Estado 3/1992, de 3 de marzo, sobre aplicación del artículo 95.5 LGP a la fiscalización plena posterior de obligaciones o gastos (Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda núm. 14, de 2 de abril; Repertorio Aranzadi de Legislación núm. 1066).

(22) Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 1988, por el que se establece el sistema de fiscalización limitada previa que regula el artículo 95 de la LGP, en materia de retribuciones, subvenciones, *indemnizaciones*, contratos patrimoniales y convenios (Ar. 1208). El texto de este acuerdo, en lo que afecta al tema tratado, es el siguiente:

“Primero. La fiscalización previa del reconocimiento de obligaciones o gastos de personal, de subvenciones no nominativas, *de indemnización de daños y perjuicios*, de contratos patrimoniales y de convenios de cooperación o colaboración, se limitará a comprobar, además de los extremos previstos en los apartados a) y b) del art. 95.3 LGP, los que con carácter general se establecen en el apartado octavo y los que para cada tipo de expediente se determinan en los apartados segundo a séptimo. (...)

Quinto. En los expedientes de reclamaciones que se formulen ante la Administración, en concepto de *indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad de carácter extracontractual*, el extremo adicional a que se refiere el apartado primero del presente Acuerdo será el siguiente: *Que existe informe del Consejo de Estado.* (...)

actos de intervención previa o crítica, además de la existencia de crédito presupuestario (¿?) y la competencia del órgano, será el siguiente: “Que existe informe del Consejo de Estado.”

Con ello queda claro que el dictamen del Consejo de Estado tendrá que haberse emitido antes de verificarse el control de la Intervención y que, es más, *el interventor ha de comprobar específicamente si figura en el expediente, emitiendo en caso contrario “nota de reparo”* que impide que se continúe la tramitación a no ser que se produzca su rectificación por acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 98.1.b LGP).

Ahora bien, y éste es un aspecto muy interesante del acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de mayo de 1988, el examen a efectuar por la intervención no se limitará a comprobar la mera existencia del dictamen, sino que *cuando del dictamen del Consejo de Estado se dedujera que se han omitido trámites esenciales*, la Intervención General del Estado *deberá proceder al examen exhaustivo del expediente y si efectivamente se dan esas circunstancias a juicio del interventor, habrá de formular por escrito su reparo* (artículo 96.1 LGP).

Es decir, que la duplicidad que en principio suponía que en el mismo procedimiento figurasen dos trámites cuya finalidad es verificar la legalidad de lo actuado, y cuyo efecto es en ambos casos obstativo para el ministro, ha sido resuelta bastante satisfactoriamente relacionando el contenido de los dos. De esta manera, la doble garantía que supone el dictamen del Consejo de Estado y la actuación de la Intervención General del Estado, produciendo en un caso sus efectos sobre la validez del acto administrativo y en otro impidiendo su ejecución, ha sido reconducida a una interesante complementariedad.

No obstante, la acumulación de dictamen e intervención crítica no deja de ser redundante y, en caso de pronunciamientos opuestos, no sólo la traslación

Octavo. Para todo tipo de expedientes habrán de efectuarse, en su caso, además de las comprobaciones que se determinen en los apartados anteriores, las siguientes: (...) 2. Cuando *de los informes preceptivos* a que se ha hecho referencia en apartados anteriores, *se dedujera que se han omitido requisitos o trámites que sean esenciales* o que la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos al Tesoro Público o a un tercero, *se procederá al examen exhaustivo del documento o documentos objeto del informe y si, a juicio del Interventor, se dan las mencionadas circunstancias, habrá de actuar conforme a lo preceptuado en el artículo 96 LGP.* (...)

Noveno. El presente Acuerdo será de aplicación a todos los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos de ellos dependientes, con excepción del Ministerio de Defensa, y producirá efecto desde la fecha de su publicación en el BOE”.

de la competencia al Consejo de Ministros se hace inevitable, sino que ambos pareceres se anularán mutuamente en cierto sentido, pudiendo proceder una cierta desorientación en un órgano como es el Gobierno, cuyos miembros no tienen por qué estar dotados de ningún conocimiento jurídico. Por otra parte, la solución a la que parece haberse llegado en la práctica administrativa puede encontrar dificultades al ser contrastada con el tenor literal de la LOCE: en contra de una tradición administrativa de cincuenta años, la Intervención General del Estado ha quedado configurada como uno de los destinatarios de los dictámenes del Consejo de Estado, junto con el Gobierno y sus miembros. No obstante, se trata de una solución imaginativa y, probablemente, de la única solución compatible con la eficacia administrativa. Ahora bien, sería deseable la evitación de una redundancia perfecta, introduciendo en el dictamen del Consejo de Estado -el único de los dos órganos que puede hacerlo- elementos de equidad, con una especial atención para los derechos de los particulares.

II. DELIMITACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA: "RECLAMACIONES EN CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS".

La tendencia de cualquier organización burocrática a ampliar sus propias competencias es un lugar común, pero la actitud del Consejo de Estado respecto a la responsabilidad patrimonial es un ejemplo justamente de lo contrario: un Consejo agobiado por el número de los asuntos y la escasez de los medios ha venido haciendo una serie de interpretaciones restrictivas de su propia competencia, no siempre suficientemente justificadas desde una interpretación literal de las normas.

1. La interpretación necesariamente restrictiva de la cláusula general.

Pese a tratarse de un competencia asumida por el Consejo de Estado sólo en 1957, la regulación inicial, y ya derogada, tiene su importancia para comprender la delimitación actual de la materia. Según los artículos 133 y 134.3 del Reglamento de expropiación forzosa de 1957, el Consejo de Estado debía dictaminar en los procedimientos seguidos para determinar la existencia y valoración de los daños sufridos por los particulares "en sus bienes y derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121" de la Ley de expropiación forzosa. Es decir, que el Consejo de Estado debía informar en los supuestos de *requisas* o destrucción de bienes acordadas por las autoridades

civiles en casos de calamidad pública y *daños causados a los particulares por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos* o por la adopción de *medidas no fiscalizables en vía contenciosa*.

La voluntad de respetar esta regla competencial tan amplia es lo que motivó la indeterminación de la cláusula incluida en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado: en el artículo 22.13 de este texto legal se encomienda a la Comisión Permanente la intervención preceptiva en los procedimientos para resolver "reclamaciones que, en concepto de *daños y perjuicios*, se formulen ante la Administración del Estado", términos lo suficientemente amplios como para englobar la cláusula del Reglamento de expropiación forzosa, que siguió siendo la norma que en la práctica delimitaba la competencia. El problema ha venido al modificarse la regulación: (23) cerrando el círculo, el reglamento actual se limita a remitirse a la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Sin embargo, el artículo 22.13 LOCE, tomado en sus términos literales, obliga a someter al dictamen del Consejo de Estado casi cualquier reclamación de contenido patrimonial dirigida a la Administración del Estado incluso, cabe pensar, sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual.

La propia naturaleza de las cosas, razones elementales de prudencia y el ámbito del Reglamento aprobado por el Real Decreto 129/1993, autorizan a entender que sólo deberá ser consultado el Consejo de Estado en los expedientes de reclamación de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, una delimitación más restrictiva presenta mayores dificultades, a no ser que se quiera prescindir completamente del tenor literal del artículo 22.13 LOCE.

Por otra parte, no existen demasiadas sentencias del Tribunal Supremo que se hayan parado a examinar cuál deba ser la extensión exacta de la competencia atribuida al Consejo de Estado por el artículo 22.13 LOCE, ni tampoco pueden citarse aportaciones de la doctrina en este sentido, por lo que en el estudio de la materia no hay más remedio que seguir predominantemente las interpretaciones que ha venido haciendo el Consejo de Estado sobre su propia competencia; doctrina que consiste básicamente en la exclusión sucesiva de diversas reclamaciones de daños y perjuicios que, al menos en principio, podían entenderse incluidas en la cláusula general.

(23) Por el artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 129/1993, de 26 de marzo, texto reglamentario que ha venido a sustituir en este punto al Reglamento de 1957.

Resulta indudable que las reclamaciones de indemnización formuladas al amparo de lo previsto en los artículos 121 LEF y 139.1 LAP han de ser dictaminadas por el Consejo de Estado. El primer problema que puede plantearse es si el Consejo de Estado ha de ser consultado *sólo para reconocer la responsabilidad o también para determinar la cuantía* de la indemnización. Lo previsto en el artículo 122 LEF, en el que se establece el procedimiento para hacer valer el derecho a la indemnización, no es una petición de que se reconozca el derecho al resarcimiento, sino la reclamación de una indemnización de cuantía determinada (24). Sin embargo, la jurisprudencia ha asumido con toda normalidad la separación entre el reconocimiento del derecho a la indemnización y su cuantificación. El Tribunal Supremo remite con frecuencia al trámite de ejecución de sentencias para determinar la cuantía, sin que sea necesario volver a reclamar ante la Administración ni exigir al reclamante que aporte los elementos necesarios para cuantificar la indemnización en ese primer proceso (25). Sin embargo, si por cualquier motivo se dejase para un momento posterior la determinación de la cuantía y la cuestión se volviese a plantear ante la Administración, ese nuevo procedimiento también debería ser informado por el Consejo de Estado, incluso tratándose de la ejecución de una sentencia judicial firme (26).

(24) En este sentido se ha pronunciado en alguna ocasión el Consejo de Estado. Como ya se ha señalado, pese a la previsión del artículo 6.1 del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad, que establece la obligatoriedad de consignar en el escrito de solicitud los elementos necesarios para valorar los daños, es relativamente habitual que en un primer procedimiento se sustancie sólo la existencia de responsabilidad, dejando para un momento posterior la determinación de la cuantía de la indemnización. Sin embargo, se trata de una práctica que es incorrecta con carácter general, ya que pugna también con el tenor literal del artículo 2.2 del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad, y es difícilmente compatible con los principios de eficacia y economía procesal que estructuran toda la regulación del procedimiento. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su moción núm. 74, de 2 de noviembre de 1979 (aunque con referencia al antiguo artículo 134 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa de 1957). En esta moción núm. 74, de 2 de noviembre de 1979, la Comisión Permanente se refiere a la práctica administrativa consistente en que "en la tramitación de expedientes en los que se ejercita la acción de reclamación de daños y perjuicios contra el Estado se omite la valoración económica de los alegados, que queda relegada a un momento posterior". El Consejo de Estado estima, sin embargo, que "la propuesta de resolución, cuando entienda estimable en todo o en parte la reclamación, habrá de pronunciarse de modo simultáneo, cuantificado el importe de la indemnización a satisfacer", por lo que propugna la tramitación unitaria de la reclamación.

(25) Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1989 (Repertorio La Ley núm. 10.567).

(26) Un caso peculiar, pero que confirma la afirmación anterior, es el de los expedientes administrativos de responsabilidad que parten de la existencia de una sentencia penal en la que se condene a la Administración como responsable civil subsidiaria en casos de daños ocasiona-

En el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad se establece, en la disposición adicional segunda, que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial. Contra lo que pudiera parecer lógico a primera vista, este informe no sustituye, sino que se añade al dictamen del Consejo de Estado; además, se incluirá en la fase de instrucción del procedimiento, por lo que precederá a la propuesta de resolución y también al dictamen del Consejo de Estado. El dictamen del Consejo de Estado se considera también preceptivo en los otros procedimientos de responsabilidad del Estado-juez, como es lógico, ya que que entran claramente en el supuesto de hecho del artículo 22.13 LOCE, que para este supuesto concreto no ha sido objeto de interpretaciones restrictivas. Aparte, claro está, de la remisión al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración que se hace en la Ley Orgánica del Poder Judicial (27).

dos por funcionarios de policía, en la mayoría de los casos por accidentes de tráfico sufridos estando de servicio. Procedimientos en los que ha de recabarse el dictamen del Consejo de Estado. Esta cuestión ha sido abordada en los dictámenes 175/92, de 12 de marzo, 902/92, de 16 de julio y 1103/92, de 17 de septiembre, entre otros. También en la Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1992, pp. 146 y s.

En estos supuestos se trata de procedimientos administrativos iniciados de oficio y en los que, al partir de una decisión judicial, la Administración no ha de entrar a examinar si se dan los requisitos de la responsabilidad. Contra lo que pudiese pensarse, la intervención del Consejo de Estado en estos casos no es irrelevante, sino que la función a desempeñar ha de relacionarse con la posible existencia de responsabilidades disciplinarias y patrimoniales de los funcionarios, lo que da al dictamen en estos casos connotaciones peculiares, como procedente de una instancia neutral apartada de consideraciones parciales o interesadas.

En todo caso, parece que la cuantía de la indemnización es un elemento esencial de la responsabilidad y, por ello, el Consejo de Estado deberá pronunciarse necesariamente sobre este extremo en el trámite de ejecución de sentencia, incluso si se trata de la sentencia de un Tribunal contencioso-administrativo, si no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto en un momento anterior. Si el dictamen del Consejo de Estado cumple una función de garantía de los particulares -y es indiscutible que esa es una de sus funciones-, esa garantía es inescindible de la cuantía de la indemnización.

(27) Corroboración la afirmación hecha en el texto el que el Consejo de Estado dictamina con normalidad este tipo de expedientes.

La responsabilidad del Estado-juez es una institución peculiar, aunque construida sobre el modelo y utilizando las categorías de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que como consecuencia tendrá carácter supletorio. La regulación de esta institución se encuentra en el artículo 121 de la Constitución, en los artículos 292 a 297 LOPJ y el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad. Es una responsabilidad directa del Estado, por hecho propio, no una responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, al contrario de lo que sucede en el régimen general, la responsabilidad no es objetiva: se requiere el funcionamiento anormal de la Justicia. Se trata de una responsabilidad del Estado derivada de acto propio, no de la conducta subjetivamente dolosa o culposa

Respecto a la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, se articula procedimentalmente como una reclamación de responsabilidad dirigida al Consejo de Ministros (28), por lo que el Consejo de Estado habrá de intervenir en el procedimiento. De hecho, el Consejo de Estado ha venido dictaminando habitualmente también este tipo de reclamaciones de daños y perjuicios, admitiendo la posibilidad de su existencia en varios dictámenes (29).

2. Los supuestos sucesivamente excluidos de la cláusula general.

Los supuestos a examinar son dos. En primer lugar, aquellos supuestos cuya inclusión en la responsabilidad patrimonial de la Administración es más que problemática, como es la indemnización de las víctimas de atentados terroristas, aunque se trate sin duda de "reclamaciones de daños y perjuicios" dirigidas a la Administración del Estado. El supuesto específico de la indemnización de las víctimas de atentados terroristas habrá de ser contrastado además con la regulación que se hizo en su momento del supuesto, muy próximo al anterior, de la indemnización de vehículos extranjeros de carga o de transporte colectivo de viajeros que hayan sido objeto de violencias en España. En segundo lugar, habremos de examinar las "reclamaciones de daños y perjuicios" que se dirigen a la Administración no a través de los cauces propios del Derecho administrativo, sino a través de las vías civil o laboral.

de uno de sus agentes, pero el funcionamiento del servicio ha de ser contrario al ordenamiento jurídico. La responsabilidad patrimonial del Estado por sus actuaciones judiciales tiene regímenes diversos según el supuesto de hecho que la genere: el error judicial, la prisión preventiva injusta o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El error judicial ha de ser declarado por una sentencia posterior y la prisión preventiva injusta requiere la absolución o el libre sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado (artículos 293.1 y 294.1 LOPJ). Una vez que exista ese previo pronunciamiento judicial o directamente en el caso del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia "el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado" (artículo 293.2 LOPJ).

(28) Entre otras, sentencia de la Sala de revisión del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1988 (Ar. 1340/1990).

(29) Dictámenes de 12 de enero de 1984 (exp. núm. 45.905), de 7 de febrero de 1985 (exp. núm. 46.977), de 13 de noviembre de 1986 (exp. núm. 47.499) y de 9 de febrero de 1989 (exp. núm. 52.683). El artículo 139.3 LAP ha venido a restringir considerablemente la posibilidad de que se reconozca la existencia de este tipo de responsabilidad: en todo caso, caben pocas dudas de que las reclamaciones por este concepto habrán de ser dictaminadas por el Consejo de Estado, con independencia de sus posibilidades de prosperar.

A) La indemnización de los daños provocados por actividades terroristas y la indemnización a titulares de vehículos extranjeros en tránsito por España.

Un supuesto concreto que el Consejo de Estado ha considerado como subsumible en la cláusula general del artículo 22.13 LOCE y que da idea de su amplitud -ya que difícilmente puede considerarse como un supuesto de responsabilidad en el sentido coloquial del término-, es el relativo a los expedientes sobre daños causados a particulares por las *fuerzas armadas norteamericanas en España*, habitualmente dictaminados por el Consejo de Estado (30) Otro supuesto peculiar, pero que presenta mayores similitudes con el de indemnización de daños terroristas, es el de la indemnización de los daños sufridos por determinados vehículos extranjeros en territorio español (31). La tramitación de estas reclamaciones tiene la peculiaridad de que pueden presentarse ante el *Gobernador Civil* competente por razón del territorio, quien decidirá tras un procedimiento informal y sumario, *sin oír al Consejo de Estado*. La dificultad que presenta el tenor literal del artículo 22.13 LOCE se ha sorteado atribuyendo a la resolución un carácter provisional: contra ella no cabe recurso alguno, pero *el reclamante disconforme puede instar la iniciación del procedimiento ordinario en el que habrá de intervenir el Consejo de Estado*. Sin embargo y pese a las similitudes que puedan presentar, el Consejo de Estado viene considerando desde hace algunos años que los expedientes de indemnización de las víctimas de atentados terroristas no están sujetos a consulta preceptiva.

La asunción por el Estado de la obligación de indemnizar los daños causados por actividades terroristas es relativamente nueva en el Derecho español, estableciéndose las primeras regulaciones a finales de los años setenta

(30) Por ejemplo, dictamen de 21 de julio de 1988 (exp. núm. 51.942), entre otros muchos. Se trata, evidentemente, de un supuesto de indemnización para el que la instrucción del procedimiento y el pago inicial a los perjudicados se atribuyen a la Administración española en virtud de un tratado internacional, aunque el coste económico final sea soportado conjuntamente por los Estados español y estadounidense. En todo caso, es claro que los hechos dañosos no tienen nada que ver con la actividad de la Administración española. Sobre este tema, brevemente, G. GARCÍA ALVAREZ, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", en J. BERMEJO VERA (director), *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 980.

(31) Esta obligación fue asumida por el Estado español en el Real Decreto-ley 11/1984, de 18 de julio, y está regulada actualmente por la Ley 82/1984, de 26 de diciembre. Según esta norma, el Estado indemnizará los perjuicios «derivados directamente de acciones violentas, indiscriminadas o selectivas realizadas por personas identificadas o no y en relación a un conflicto existente» (art. 2), tanto materiales como personales, siempre que los vehículos se hallen en territorio español realizando transporte internacional (art. 1).

como medida de emergencia ante una situación de alarma social, pero sin voluntad sistemática. Los problemas que presenta son, en consecuencia, relativamente recientes y bastante peculiares (32).

La doctrina actual del Consejo de Estado es que su intervención en esta materia no tiene carácter preceptivo. El Consejo llegó a esta conclusión en 1989, tras varios años de informar con toda normalidad los expedientes instruidos sobre este tipo de indemnizaciones, como puede comprobarse consultando las recopilaciones de doctrina legal publicadas por el propio Consejo de Estado durante los años ochenta. El argumento principal para defender su actual posición es el principio de economía procesal (33).

Aunque la posición del Consejo me parece difícilmente justificable desde la lógica normativa, dado el tenor literal del artículo 22.13 LOCE, el Consejo de Estado no está falto de razones para defender su nueva posición: al justificar la no obligatoriedad de que su informe figurase en los expedientes de indemnización de daños terroristas, el propio Consejo de Estado reconoce que

“sería insincero el Consejo de Estado si proclamara que no piensa en la posibilidad de verse aliviado ante determinados agobios por la acumulación de expedientes, en los que sólo ocasionalmente (...) se muestra justificada la apelación a la suprema instancia consultiva”.

(32) Es decir, que se ha introducido en el Derecho español como un hecho aislado, no como parte de un fenómeno de asunción por el Estado de la compensación por el Estado de determinados riesgos sociales, como los delitos violentos o los desórdenes públicos, que sí se ha producido en ordenamientos como el francés. La indemnización pública de los daños terroristas fue creada por el artículo 7 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero. La regulación actual de la indemnización por el Estado de los daños terroristas está contenida en el art. 64.1 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, inicialmente desarrollado por el Real Decreto 1311/88, de 28 de octubre, sustituido por el vigente (aprobado por el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio) que, además de recoger las modificaciones legislativas, introdujo una nueva regulación de la titularidad del derecho a la indemnización de los daños personales. No obstante, téngase en cuenta que el artículo 64 de la Ley 33/1987 ha sido modificado en dos ocasiones: la primera, por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990, de 29 de julio, de Presupuestos para 1990, que estableció un nuevo baremo de cuantificación de las indemnizaciones basado en criterios objetivos, y además recogió la posibilidad de pagar indemnizaciones provisionales a cuenta de la que se fije definitivamente; y también por la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos para el año 1992, que incluyó entre los daños indemnizables los desperfectos producidos en la vivienda habitual de las personas físicas.

Sobre este tema, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas” op. cit.; también, en un tono menor, G. GARCÍA ÁLVAREZ, “La responsabilidad de los poderes públicos”, en J. BERMEJO VERA (director) *Derecho administrativo. Parte especial*. Cívitas, Madrid 1994, pp. 973-977.

(33) Memoria del Consejo de Estado correspondiente a 1989, pp. 63 y 64.

En el párrafo transcrito se resumen perfectamente los dos motivos del cambio de actitud del Consejo. Por un lado, la progresiva formalización tanto del procedimiento como de los aspectos sustantivos en las sucesivas reformas legislativas, hasta llegar a una regulación mucho más completa que la existente en cualquier otro sector en que la Administración pública tenga la obligación de indemnizar. Una regulación que puede calificarse de exhaustiva, especialmente en lo relativo a los daños indemnizables y a los criterios para determinar la cuantía de las indemnizaciones, unida a la naturaleza rotunda de los fenómenos que dan lugar a los daños indemnizables, hacen que la aplicación de las normas en esta materia sea más una operación material propia de peritos tasadores que una operación con dificultades jurídicas más allá de lo elemental. Esto ha motivado que, cada vez más, el Consejo de Estado se haya ido limitando a confirmar lo actuado por la Administración activa, sin hacer ningún tipo de propuesta de resolución alternativa. Por otra parte, el terrible aumento de la violencia terrorista a mediados de los años ochenta produjo un gran número de expedientes de indemnización de este tipo de daños, lo que ocasionaba una sobrecarga de trabajo a un Consejo de Estado dotado de muy escasos medios (34).

Aparte de las consideraciones puramente utilitarias, esta cuestión puede también relacionarse con la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar los daños provocados por actividades terroristas. En virtud de este título, la Administración deberá indemnizar algunos de los daños provocados por bandas armadas: los *daños corporales*, tanto físicos como psíquicos, los *gastos médicos* no cubiertos por cualquier sistema de previsión y los gastos necesarios para reparar los daños producidos en la *estructura o elementos esenciales de la vivienda habitual* de las personas físicas, o los gastos de reposición de las instalaciones o el mobiliario necesarios para que recuperen las condiciones de habitabilidad. Estos daños deben estar producidos “como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas (que) se causen a personas no responsables de dichas actividades”. Es decir, un doble requisito, la especificidad del daño y la existencia de nexo causal con un atentado terrorista, que se deduce de los artículos 1.1, 4, 13.1 y 14.1 del Real Decreto 673/1992 (35).

(34) Esta cuestión ha suscitado un interés doctrinal más bien escaso. En sentido contrario al del Consejo de Estado y con anterioridad a que lo hiciese el propio Consejo de forma expresa, se pronunció L. MARTÍN-RETORTILLO, op. cit., que, aunque de pasada, parece considerar preceptivo el dictamen también en estos casos.

(35) La indemnización de los otros daños materiales no deberá hacerla la Administración, sino que correrá a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros, organismo autónomo cuyas funciones están reguladas en el Real Decreto 2022/1986, de 29 de agosto (modificado por

Puede encontrarse algún pronunciamiento jurisprudencial respecto al tema de la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar los daños provocados por actividades terroristas asumida por el Estado. Sin embargo, ninguna de las sentencias tiene en absoluto que ver con la cuestión del carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado. En la sentencia de 18 de febrero de 1991 (Ar. 1046), el Tribunal Supremo afirmó que esta figura

el Real Decreto 354/1988, de 19 de abril, en aspectos que no afectan directamente al tema tratado), y ello debido a que los daños causados por terrorismo están expresamente excluidos de la cobertura de las empresas aseguradoras por el artículo 44 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro, que se remite a la normativa específica del Consorcio. En este sentido, el artículo 1 del Real Decreto 2022/1986 dispone que “el Consorcio de Compensación de Seguros tiene por objeto, en relación con el seguro de riesgos extraordinarios que se regula en el presente Real Decreto, indemnizar los daños en las personas, así como los materiales y directos en las cosas, que se encuentren asegurados, y se produzcan dentro del territorio español como consecuencia de: (...) b) Hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto popular”.

Hay que puntualizar que esta modalidad específica de indemnización sólo se da cuando los daños sean consecuencia directa y exclusiva de la actividad terrorista. En cambio, cuando los daños se produzcan como consecuencia o con ocasión del esclarecimiento o represión de estas actividades, se aplicará el régimen general, al concurrir la actividad policial. Es decir, que se convertiría en un supuesto de funcionamiento de un servicio público, incluido en la cláusula general de responsabilidad. En este caso será aplicable el artículo 5.6 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad: “Son responsables [los funcionarios de policía] personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevarán a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones públicas por las mismas”. No obstante la rotundidad de esta declaración, en la jurisprudencia sólo pueden encontrarse declaraciones de responsabilidad de la Administración en caso de funcionamiento anormal del servicio público de policía de seguridad, ninguna por funcionamiento normal. Además, pese al tenor literal del artículo 5.6 de la Ley Orgánica 2/86, el ejercicio de la acción de regreso es tan infrecuente en este campo de actividad administrativa como en el resto (sobre este tema J. BARCELONA LLOP, “Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en el número 2 de esta Revista, pp. 51 y ss.) También tendrán que tenerse en cuenta en este punto la jurisprudencia sobre la concurrencia de hecho de tercero en la causación de un daño (sobre este tema, véanse por todos A. BLASCO ESTEVE, “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”, en la *Revista española de Derecho administrativo* núm. 53, 1987; y A. NIETO, “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en la *Revista española de Derecho administrativo* núm. 51, 1986). Puesto que en estos casos la jurisprudencia considera que la obligación de indemnizar tiene carácter solidario, le será exigible a la Administración la totalidad de la suma de dinero precisa para el resarcimiento de los perjudicados, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de regreso frente a los terceros cocausantes de los daños. En consecuencia, *no serán aplicables las normas sobre indemnización de daños terroristas, que tienen carácter supletorio.*

“tiene por finalidad aminorar las graves perturbaciones sociales que los hechos de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana. No estamos en presencia, pues, de un supuesto de *genérica responsabilidad patrimonial* del Estado derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino de una *obligación específica indemnizatoria* que tiene su origen en hechos ajenos al funcionamiento de los servicios estatales, y como muestra de solidaridad social con las víctimas del terrorismo” (36).

Con esta afirmación, el Tribunal Supremo esta negando que estos casos sean subsumibles en la cláusula general de los artículos 121 LEF, 139.1 LAP y en artículo 106 de la Constitución, lo que es innegable. El nivel exigible al servicio policial no permite considerar que haya habido un funcionamiento anormal, una responsabilidad por omisión, cada vez que se cometa un atentado terrorista (37).

Conviene señalar la falta de consistencia de un argumento basado en la naturaleza de la obligación pública de indemnizar a las víctimas de atentados terroristas: a) No es ni más ni menos “responsabilidad” del Estado español indemnizar a las víctimas de atentados que indemnizar a los propietarios de determinados vehículos extranjeros que puedan ser objeto de violencias en España, ni a las víctimas de las actividades de un Ejército extranjero; en todos estos casos, corresponde a la Administración pública española la instrucción del procedimiento y el pago, sin perjuicio de que éste sea repercutible en un momento posterior. b) En todo caso, estamos ante una reclamación de daños y perjuicios dirigida a la Administración pública española, sin que en la LOCE se precise que esta reclamación tenga que tener como causa precisamente una actividad de la misma Administración del Estado.

(36) Esta sentencia, por otra parte, no hace sino seguir una línea jurisprudencial constante. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 (Ar. 3202) y de 8 de mayo de 1986 (Ar. 3053), entre otras muchas.

(37) Así la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1985 (Ar. 5587), cuyo presupuesto de hecho era un atentado terrorista que en 1979 había provocado el hundimiento de un barco de bandera francesa fondeado en el puerto de Pasajes. El reclamante alegó, como fundamento de su pretensión de indemnización dirigida a la Administración pública, que se había dado otra causa junto al hecho terrorista. Esta causa concurrente habría sido la negligencia en la función de policía y vigilancia que corresponde al organismo rector de un puerto, respecto de personas y cosas, en el interior del recinto portuario. El Tribunal Supremo entendió que no podía imputarse el daño a la Administración pública ya que, por la forma en que tuvo lugar el ataque, realizado mediante la fijación de cargas explosivas en el casco del buque realizada por buceadores, “necesariamente escapa a la más atenta vigilancia normal exigible a los celadores encargados de la policía del recinto portuario”.

Sin embargo, se pueden incluso aducir varios argumentos para apoyar la naturaleza de responsabilidad patrimonial de esta obligación, aunque no incluye en la cláusula general incluida en la Constitución vigente, pero sí como una modalidad específica (38). Por otra parte, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución tiene una finalidad únicamente instrumental: la de determinar las reglas aplicables en lo no previsto en su normativa específica. En este caso parece razonable que las reglas generales de la responsabilidad patrimonial del Estado se apliquen también, por ejemplo, en lo relativo a la exigencia de relación de causalidad o de procedimiento. Y si esto es así, parece también razonable aplicar en lo no previsto las reglas procedimentales generales de la responsabilidad, incluido el dictamen del Consejo de Estado.

En lo referente a la posible utilidad de la intervención del Consejo de Estado, en estos supuestos no se da la indeterminación normativa propia del régimen general, lo que hace menos necesaria la unificación de doctrina típica de las actuaciones del Consejo; pero esta necesidad se da menos todavía en la ejecución de las sentencias penales que establecen la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración y el propio Consejo de Estado reconoce la obligatoriedad del dictamen en estos casos. Además, la unifica-

(38) Estos argumentos son, en primer lugar, que el propio término "responsabilidad" no es sino un arrastre histórico poco acorde con la regulación actual de la institución. La "responsabilidad extracontractual" tiene un origen penal o, cuando menos, culpabilístico, en la obligación de indemnizar los daños consecuencia de delitos o cuasidelitos imputable a su autor; pero el fundamento actual de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas es la socialización de determinados riesgos y, en consecuencia, la obligación de indemnizar un daño que surge por circunstancias objetivas. Muchos supuestos no estarán incluidos en la cláusula constitucional del artículo 106, que es su contenido mínimo, pero nada impide al legislador ampliar los supuestos que hacen surgir la obligación pública de resarcir más allá de lo garantizado constitucionalmente.

En las posiciones que niegan el carácter de responsabilidad a supuestos como la indemnización de daños terroristas también puede haber pesado el significado común del término responsabilidad como "carga u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado". Sin embargo, en el Diccionario de la Real Academia también se admite entre las acepciones del término responsabilidad la de "deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de (...) causa legal".

En un sistema de responsabilidad objetiva, responsabilidad equivale a obligación de indemnizar, desprovista de toda connotación de responsabilidad moral o culpa; o dicho de otro modo, la responsabilidad puede ser configurada por el legislador como responsabilidad por hecho propio, como en el artículo 1902 del Código Civil, o también como responsabilidad por el hecho de un tercero, como en el artículo 1903, pero también en este caso sigue siendo responsabilidad.

ción de la doctrina administrativa sobre la aplicación de determinadas normas conflictivas no es la única función a cubrir por el Consejo de Estado: no parece justificado privar a los damnificados por actividades terroristas de una *garantía procedimental esencial* como es la del dictamen del Consejo de Estado. Por último, no parece que deba ser el Consejo de Estado, sino el legislador y además mediante ley orgánica, quien fije sus competencias.

El razonamiento analógico esbozado puede llevarse más lejos, también con referencia a la función de garantía del particular que tiene el Consejo. Un supuesto ya aludido y que presenta bastantes similitudes con el de indemnización de daños terroristas es el de la indemnización a titulares de medios de transporte extranjeros que hayan sufrido ataques en territorio español. Ya se ha referido la imaginativa solución de una resolución provisional Gobernador Civil competente por razón del territorio, tras un procedimiento informal y sumario, y sin oír al Consejo de Estado; el reclamante disconforme puede instar la iniciación del procedimiento ordinario en el que habrá de intervenir el Consejo de Estado (39).

Uno de los motivos de mayor interés de esta solución es que a través de ella la intervención del Consejo de Estado es en cierta medida *renunciable por los particulares* que se aquieten a la primera decisión de la Administración. De esta manera puede establecerse un paralelismo con el artículo 22.11 LOCE que establece como preceptivo el dictamen sólo cuando el contratista formule oposición a la nulidad, interpretación o resolución del contrato, o con el artículo 22.12 LOCE que establece análoga regulación para los concesionarios. Subyacería aquí una concepción de la intervención del Consejo de Estado en este caso como una *garantía del particular*.

De la práctica administrativa de no considerar preceptiva la consulta al Consejo de Estado en los procedimientos de indemnización de daños provocados por actividades terroristas puede extraerse algunas conclusiones parciales. De un lado, la sobrecarga del Consejo de Estado, que en muchos casos le impide realizar sus funciones adecuadamente. Por otra parte, la escásima virtualidad de la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 107 de la Constitución. Y ello debido a la opción que tomó el legislador en

(39) Esta interpretación de la regulación del procedimiento de reclamación de la indemnización por estos daños se debe a L. MARTIN-RETORTILLO en "De la eficiencia y economía..." op. cit.

1980 de definir las competencias del Consejo de Estado de forma lo suficientemente vaga y genérica para que fuese la legislación ordinaria la que debiese encargarse de ello. Con lo que se pierde uno de los factores de homogeneización del Consejo de Estado con los restantes órganos de relevancia constitucional (40).

B) Las reclamaciones previas a las vías civil o laboral.

La otra materia cuya sumisión a consulta preceptiva al Consejo de Estado es controvertida es el de las reclamaciones indemnizatorias previas al ejercicio de *acciones en las vías civil o social*. También en este caso, el Consejo de Estado se ha pronunciado por el carácter voluntario de la consulta (41). La argumentación de esta toma de posición se ha basado en el carácter de procedimientos formalizados y autosuficientes, de carácter especial, que tenían los regulados en los artículos 129 y siguientes de la LPA de 1958. Este argumento parece igualmente válido para los actuales artículos 120 y siguientes LAP. Otro argumento, no utilizado por el Consejo de Estado, podría haber sido el de que en estos procedimientos intervenía la Dirección General de lo contencioso del Estado, con lo que el dictamen del Consejo de Estado hubiera podido ser redundante.

La posición del Consejo de Estado parece haber sido confirmada, al menos en parte, por la sentencia de la Sala cuarta de 26 de enero de 1990 (Ar. 222), que ha afirmado que el informe del Consejo de Estado no es necesario cuando se reclama la responsabilidad del INSALUD ante la Jurisdicción social. Aunque no debe olvidarse que el artículo 134.4 del Reglamento de expropiación forzosa eximía del dictamen del Consejo de Estado a cualquier "Entidad institucional", este precepto no parece haber sido tenido en

(40) Véase sobre este tema J. AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, "A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares", en el vol. col. *Las Cortes Generales*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 339-444. Es preciso señalar, sin embargo, que algún autor ha atribuido la reserva de Ley Orgánica establecida para el Consejo de Estado a la simple confusión entre esta institución como instrumento de garantía y la idea de la Ley Orgánica como aquella que regula órganos, restándole en consecuencia todo su valor (L. PEGORARO, *Le leggi organiche. Profili comparatistiche*, Cedam, Padua, 1990, p. 189).

(41) Dictamen de 26 de octubre de 1989, y Memoria correspondiente a ese mismo año, p. 111. En el mismo sentido, con anterioridad, el dictamen 51.635, de 1988 (Recopilación de doctrina legal de 1988, pp. 331-332).

cuenta por la Sala cuarta, que basa su decisión en el carácter especial de este tipo de reclamaciones (42).

El Consejo de Estado, cuyo aumento de competencias a partir de 1980 no ha ido acompañado de ningún crecimiento significativo de su plantilla, ha interpretado restrictivamente las normas que le atribuyen competencias. Pero no termina de verse por qué una reclamación dirigida a la Administración al amparo del artículo 1902 del Código Civil no hubiese de ser una reclamación "en concepto de daños y perjuicios", a no ser que se interprete el artículo 22.13 LOCE como una "cláusula en blanco", necesaria de concreción posterior en la legislación ordinaria. De todos modos, la reforma de la regulación de la responsabilidad introducida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, unificando el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, que ha pasado a configurarse como un sistema unitario de Derecho público, ha convertido en inútil este esfuerzo interpretativo (43). Como consecuencia, el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad, de 26 de marzo de 1993, que contempla expresamente el dictamen del Consejo de Estado en sus artículos 12 y 16, es también aplicable "para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en que incurran las Administraciones públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado" (44).

(42) Esta doctrina tiene consecuencias curiosas. Por ejemplo, que se excluya la intervención del Estado de los procedimientos en materia de daños sufridos por el personal laboral al servicio de la Administración, siendo que ha de intervenir en los procedimientos de daños sufridos por funcionarios públicos, supuesto en el que el Consejo de Estado ha realizado una auténtica labor de creación del Derecho, extendiendo a todos los funcionarios de policía y a los funcionarios de prisiones el régimen más garantizador instaurado para la Guardia Civil por el artículo 6 del Real Decreto de 22 de febrero de 1980 (dictámenes del Consejo de Estado de 18 de julio de 1985 y de 9 de abril de 1987).

(43) Con la LAP, "no sólo se unifica de nuevo la jurisdicción competente en materia de responsabilidad a favor de la jurisdicción contenciosa (...), sino que debe entenderse que también se unifica el régimen de fondo regulador de la propia institución: a partir de esta Ley, la responsabilidad de la Administración es siempre directa y objetiva, aunque aquella actúe sometida al Derecho privado" (A. BLASCO ESTEVE, "La responsabilidad de la Administración", p. 425).

(44) Artículo 2.1, párrafo segundo. Puede ser ilustrativo trasladar el razonamiento sobre la identidad de naturaleza de distintas vía de responsabilidad, aplicable a este caso aunque se refiriese a la exigibilidad de la intervención crítica en los procedimientos de responsabilidad. En la moción núm. 78, de 16 de julio de 1981, el Consejo de Estado afirmaba: "Los mismos principios que quedan expuestos en relación con los expedientes de indemnización basados en el artículo 40 LRJAE, que es la norma general y básica reguladora de esta materia, deben aplicarse en los expedientes de indemnización amparados por normas específicas que representan una concreción particular del principio general contenido en dicho artículo 40, como son los expedientes de reintegro a los militares del importe de daños en sus personas y efectos sufridos con ocasión del servicio, o los expedientes de indemnización de daños producidos con ocasión de expropia-

III. LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En presencia de una resolución administrativa dictada sin haber sido oído el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo ha venido declarando tradicionalmente su nulidad y ordenando la retroacción de las actuaciones sin entrar en el fondo del asunto (45). La solución puede parecer paradójica: la Administración del Estado tiene obligación de consultar al Consejo de Estado sobre las reclamaciones en materia de daños y perjuicios, pero el derecho al procedimiento y la consiguiente retroacción de actuaciones tienen su sentido principalmente cuando se trata de un acto restrictivo de derechos o del ejercicio de una potestad discrecional. Por el contrario, en estos casos parece razonable sostener que el Tribunal Supremo debió entrar en el fondo del asunto; por otra parte, si los Tribunales de Justicia entrasen sistemáticamente en el fondo del asunto, estarían convalidando de hecho una actuación ilegal de la Administración: a la larga esto puede producir la denegación las reclamaciones sin consultar al Consejo de Estado, privando a los administrados de la parte más importante de su garantía procedimental y obligándoles a seguir un proceso judicial largo y costoso.

En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha fallado en el sentido de retrotraer las actuaciones incluso tratándose de una denegación presunta por silencio (46). Se ha llegado al extremo de alegar violación procedimental y solicitar la retroacción de actuaciones- por el propio Abogado del Estado, con el fin de evitar la condena de la Administración; lo que es el colmo de la desvergüenza (47). Pero la doctrina del Tribunal Supremo no es unánime; concretamente en los casos de denegación por silencio, coexiste con la anterior una línea jurisprudencial que estima que

ción forzosa y no integrados en expedientes indemnizatorios de bienes, ya que en todos estos casos el principio general indemnizatorio es el contenido en el tan repetido artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, y las normas específicas se limitan a hacer aplicaciones concretas de dicho principio general, las cuales no pueden tener, en modo alguno, el alcance de excluir de la intervención crítica de las resoluciones que en cada caso procede dictar”.

(45) Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1989 (Ar. 210). En este caso se había declarado la inadmisibilidad de la petición de indemnización por falta de prueba suficiente de los hechos. El Tribunal Supremo afirmó el derecho del administrado a la tramitación del expediente. En el mismo sentido las sentencias de 15 de abril y de 2 de noviembre de 1991 (Ar. 2908 y 8868, respectivamente).

(46) Entre otras, sentencias de 20 de enero de 1987 (Ar. 1789) y de 27 de noviembre de 1990 (Ar. 8642).

(47) Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1989 (Ar. 3916).

“la omisión de aquel dictamen (el del Consejo de Estado) carece, en caso de denegación presunta, de toda eficacia anulatoria, no siendo posible acoger soluciones dilatorias o anulatorias desvirtuadoras de las garantías que para el ciudadano tiene la figura del silencio negativo” (48).

Esta última línea jurisprudencial es la que parece prevalecer en la actualidad. De hecho, en las últimas sentencias recaídas en este sentido se razona explícitamente la inaplicación de la retroacción de actuaciones a los casos de silencio administrativo negativo, como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y a un *proceso sin dilaciones indebidas*, recogido en el Tratado de Roma y en el artículo 24 de la Constitución vigente (49).

La postura más tradicional del Tribunal Supremo podría ser admisible si se combinase con una similar firmeza a la hora de condenar en costas a la Administración. Es inadmisibles que un ciudadano deba soportar los costes de acudir a un proceso para hacer valer un derecho tan elemental como el de que la Administración responda a su pretensión de indemnización y a que lo haga después de la instrucción mínima necesaria del procedimiento; instrucción mínima de la que forma parte un trámite establecido por Ley Orgánica: el dictamen del Consejo de Estado. En estos casos es difícil, incluso con la mejor voluntad, entender que la Administración pública no sostiene su acción con mala fe o temeridad -términos del artículo 131.1 LJ- cuando incluso el propio Abogado del Estado alega el defecto procedimental. Pero la resistencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa a condenar en costas a la Administración es de todos conocida.

Lo que parece subyacer detrás de la argumentación poco explícita que hace el Tribunal Supremo en los casos en que ordena la retroacción de las actuaciones, es su incapacidad para resolver, dada la parquedad del expediente administrativo. Consciente el juez administrativo de que no se puede pedir al perjudicado la prueba completa de los hechos dañosos y del nexo causal, sino sólo un principio de prueba, dotado de escasas posibilidades reales de instrucción y abrumado por la cantidad de procesos, la Justicia admi-

(48) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980 (Ar. 743). En este sentido se pronuncian también las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1974 (Ar. 4510) -“caso de los empresarios de Guinea ecuatorial”- y, más recientemente, de 15 de octubre de 1990 (Ar. 8126), cuyo texto ha sido reproducido literalmente al menos en otras noventa y tres sentencias.

(49) Sentencias de 5 de diciembre de 1991 (Ar. 9283) y de 9 de marzo de 1992 (Ar. 2138). En la doctrina, P. GONZALEZ SALINAS ha considerado como correcta la doctrina de la sentencia de 14 de septiembre de 1983, en la que se establecía el principio general de que la omisión de trámites esenciales no impide al órgano judicial entrar en el fondo cuando lo impugnado sea un acto presunto, con una sola excepción, que sería la falta de audiencia a terceros titulares de un interés directo, personal y legítimo (P. GONZALEZ SALINAS, “Las infracciones de las normas de procedimiento y los recursos contra el silencio administrativo”, pp. 273-278).

nistrativa española no se ha decidido sin embargo a cruzar el Rubicón y condenar a la Administración a indemnizar fundándose únicamente en su falta de diligencia a la hora de investigar los hechos (50).

Ciertamente, el Consejo de Estado se halla en mejores condiciones materiales que el Tribunal Supremo para solventar las carencias del expediente administrativo, tanto por vías informales como a través de los poderes de instrucción que le reconoce, aunque limitadamente, su normativa reguladora (51).

(50) La solución podría venir por el empleo de *injonctions* o mandatos de hacer -en el caso concreto, de producir una prueba-, que podría dirigir a la Administración en el momento de las diligencias para mejor proveer. Personalmente, me he ocupado de este tema, aunque en el marco del contencioso de la legalidad y no en el de la responsabilidad, en un comentario de jurisprudencia, "La solicitud por el juez de nuevos informes a la Administración", en el *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, año XXXII, núm. 126, 1992, pp. 38 a 41.

(51) Poco puede decirse sobre las relaciones informales que mantiene el Consejo de Estado, al fin y al cabo un órgano administrativo, con los distintos Departamentos ministeriales, con los que está en una relación continua que, aunque no esté exenta de conflictos, le permite una comunicación informal más o menos fluida con los órganos que han instruido un determinado expediente. Además, el Consejo de Estado está dotado de unas ciertas facultades de instrucción complementaria de los expedientes, que configuran una posición peculiar entre los órganos consultivos, y que alcanzan su plena significación en aquellas materias en las que la función del Consejo de Estado va algo más allá de un mero asesoramiento jurídico.

En primer lugar y aparte de lo que son facultades instructorias, el Consejo de Estado tiene desde los años cuarenta la posibilidad de rechazar las consultas que no vayan acompañadas de un expediente suficientemente completo (art. 124 del Reglamento orgánico, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio). Esta facultad tiene sin embargo una utilidad más bien escasa: nada impide a la Administración activa resolver prescindiendo del dictamen sobre el fondo, "oído el Consejo de Estado": el control jurisdiccional sobre la corrección del procedimiento administrativo no se extiende al contenido de los informes administrativos; en la sentencia de 2 de junio de 1987 (Ar. 3986), el Tribunal Supremo afirmó que aunque "en el dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, con el voto particular en contra de un consejero, se diga que no procede la elevación del proyecto de Real Decreto 598/1985 al Consejo de Ministros, al haberse entendido que debe complementarse con el informe previsto en el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales y con la Comisión Coordinadora de la Función Pública, para luego ser nuevamente informado, no autoriza a sostener que no se haya dado cumplimiento a este trámite preceptivo, si se repara en que los dictámenes del Consejo de Estado no tienen carácter vinculante, salvo que la Ley disponga lo contrario". En consecuencia, la negativa del Consejo de Estado a informar es un informe, según el Tribunal Supremo, y el requisito formal queda cubierto.

El Consejo de Estado también puede solicitar del Ministerio consultante que éste complete el expediente; entre las facultades de su Presidente figura el reclamar los antecedentes precisos para el despacho de los asuntos: "cuantos antecedentes, informes y pruebas considere necesarios" (art. 18.3 LOCE y 18.8 de su Reglamento).

Aparte de lo anterior, el Consejo puede dar audiencia a los interesados, que pueden solicitar ser oídos aunque en este caso la petición no vincule el Consejo de Estado excepto si se trata de una Comunidad autónoma (art. 18.1 LOCE). También puede solicitar el informe de expertos independientes (art. 18.2 LOCE)

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA FUNCIÓN DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD.

A principios de los años ochenta, en una escueta comunicación presentada en unas jornadas organizadas por la Dirección general de lo contencioso del Estado, el letrado del Consejo PEREZ BOLAÑOS relataba una serie de datos interesantes para esclarecer el papel representado por el Consejo de Estado en la aplicación real del instituto de la responsabilidad. Según este autor, "mientras el Tribunal Supremo conoce un asunto de responsabilidad del Estado, la Comisión Permanente del Consejo de Estado conoce cuarenta y tres". Lo cual es suficientemente significativo de la importancia que la doctrina del Consejo tiene en la materia, máxime si se tiene en cuenta que el porcentaje de dictámenes favorables al reclamante es muy alto, que la Administración activa suele seguir la opinión del Consejo y que, como consecuencia, sólo llegan a los Tribunales de Justicia un pequeño porcentaje de las reclamaciones de indemnización dirigidas a la Administración del Estado.

El mismo autor señalaba que "desde la entrada en vigor del Reglamento de Expropiación Forzosa en 1957, hasta el día de hoy, los expedientes instruidos por la Administración del Estado han sido resueltos conforme este alto cuerpo consultivo ha dictaminado"; lo que de hecho parecía situar esta función del Consejo de Estado *más allá* de la simple función consultiva. Sin embargo, la situación es distinta en la actualidad: durante 1992, de los diez asuntos resueltos "oído el Consejo de Estado" -es decir, apartándose de la opinión expresada en el dictamen-, cinco correspondieron a responsabilidad patrimonial, aunque uno fuese resuelto de conformidad con el voto particular de uno de los consejeros (52). Aunque cinco de más de seiscientos no parezca un número excesivo, es indicio de una pérdida de respeto a la opinión del Consejo de Estado que quizá pueda deberse a una posible pérdida de calidad de los dictámenes (53). Tampoco ha sido infrecuente que el Tribunal Supre-

(52) Los datos reseñados en el texto se han sacado de la Memoria del Consejo de Estado elevada al Gobierno sobre las actividades del año 1992, y de H. PEREZ BOLAÑOS, "El Consejo de Estado en la responsabilidad de la Administración del Estado", en el vol. col. *El Gobierno y la Administración en la Constitución*, Dirección General de lo contencioso del Estado, Madrid, 1980, pp. 1433 y s.

(53) En un trabajo anterior, he tenido la ocasión de referirme a un caso de cambio de criterio del Consejo de Estado, concretamente en materia de responsabilidad extracontractual de la RENFE, en la que el Alto cuerpo consultivo había construido una bien conocida doctrina, favorable a la aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual de la Administración. Pues bien, se ha producido un cambio de parecer, pero sin que el Consejo de Estado se haya molestado en argumentarlo, lo cual es especialmente grave en un órgano cuya función es

mo se apartase de la posición mantenida por el Consejo de Estado en un determinado tema; un ejemplo conocido es el de los criterios de determinación de la existencia del requisito de la individualización del daño en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración: desde los años setenta, el Tribunal Supremo ha venido extendiendo la reparación por daños también a pluralidades de personas, como pueda ser el caso de los colindantes (54).

Pese a ello, el Consejo de Estado ha tenido una importancia fundamental en la conformación del sistema español de responsabilidad administrativa, postulando la reforma y la introducción de una cláusula general de responsabilidad de la Administración que se haría en 1954, admitiendo en los años sesenta la responsabilidad de la Administración por determinadas actuaciones de contratistas y concesionarios o admitiendo la posibilidad de la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actuaciones legislativas.

Aunque la inclusión entre las materias objeto de consulta obligatoria al Consejo de Estado de las reclamaciones en materia de responsabilidad de la Administración había sido auspiciado en medios doctrinales próximos al Consejo de Estado, esta competencia no se contempló en la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944 (55). La razón de esta exclusión pudo muy bien haber sido la inexistencia de un régimen específico y general de responsabilidad de la Administración, aunque parece haber existido durante los años cuarenta una cierta práctica administrativa de remitir los expedientes de reclamaciones de responsabilidad al Consejo de Estado. Como producto de esas consultas voluntarias, el Consejo de Estado iba a producir dos dictámenes, en 1949 y en 1953, que iban a ser fundamentales en la reforma posterior de la responsabilidad (56). En 1953, el Consejo de Estado afirmaba que “en el estado actual de la legislación, la responsabilidad de la Administración por

construir una doctrina aplicativa coherente de las normas jurídicas (G. GARCIA ALVAREZ, “Sobre la responsabilidad extracontractual de RENFE”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 72, 1992).

(54) El ejemplo es citado por L. TOLIVAR ALAS, “Renovación legislativa y Consejo de Estado”, p. 693, en nota.

(55) La referencia del texto se hace a la opinión de CORDERO DE TORRES, que propugnaba la atribución al Consejo del dictamen preceptivo sobre la “declaración de la responsabilidad del Estado y particularmente de la Administración, directa o subsidiariamente, por cualquier concepto o con cualquier alcance” (J. CORDERO DE TORRES, *El Consejo de Estado*, p. 181).

(56) Dictámenes de 2 de marzo de 1949 (núm. expediente 4.164) y de 17 de marzo de 1953 (núm. expediente 10.006).

daños ocasionados por su actuación regular o administrativamente defectuosa constituye la excepción, y como tal excepción ha de ser reconocida en una disposición especial”. Consideraba indeseable tal estado de cosas y postulaba una reforma que regulase con carácter general los daños ocasionados a los “intereses exorbitantemente perjudicados por el *funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos* “ (57).

Como es conocido, la introducción en el Derecho español de una cláusula general de responsabilidad extracontractual de la Administración pública se produjo con la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa, en diciembre de 1954 (58). Esta ley se enmarcaba en el proceso de juridificación del régimen surgido de la Guerra civil, como la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la que se había establecido el dictamen preceptivo y cuasi vinculante del Consejo de Estado en los procedimientos de revisión de oficio, o la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de julio de 1957, en la que se establecía el carácter obstativo o cuasi vinculante que para los ministros iban a tener a partir de ese momento los dictámenes del Consejo de Estado, debiendo acudir en caso de discrepancia al Consejo de Ministros. En consecuencia, puede percibirse un aumento considerable de la influencia del Consejo de Estado en la legislación administrativa de los años cincuenta. Pero, ¿cuál es la función específica a cubrir por el dictamen del Consejo de Estado?

Ciertamente, existe en este caso una clara influencia de la vocación del Consejo hacia los asuntos relacionados con la Hacienda pública, al menos en sus orígenes, de la que son muestra las consultas preceptivas establecidas en los artículos 21.7 y 22.14 LOCE. Sin embargo, creo que son dos las razones principales que se pueden barajar como motivo de que los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial se sometían al dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

En primer lugar, el Consejo de Estado también aportará su lógica institucional propia a su intervención. El legislador de 1954 desechó el recurso a una normativa casuística en favor de una regulación principialista, dejando un amplio margen de interpretación y adaptación a los casos concretos. Esto hace conveniente la intervención de un órgano como el Consejo de Estado, capaz de elaborar una doctrina de aplicación de la ley que evitase desigual-

(57) CONSEJO DE ESTADO, *Recopilación de doctrina legal 1952-53*, pp. 149 y ss.

(58) E. GARCIA DE ENTERRIA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1956, *passim*.

dades de trato demasiado evidentes y proporcionase un mínimo de seguridad jurídica (59). Esto hace conveniente la intervención de un órgano como el Consejo de Estado. Como señaló GARCIA DE ENTERRIA en un trabajo ya clásico, éste tipo de órgano formalizado funciona como “el administrador de un cuerpo de doctrina en cuya posesión consiste precisamente su competencia específica, cuerpo de doctrina que contiene en sí, potencialmente al menos, las posibilidades de ser aplicado a cualquier hipótesis que se le proponga; la emisión de la consulta consiste por ello, típicamente, en meras ‘aplicaciones’ de ese corpus doctrinal” (60). Esa función de elaboración y administración de un *corpus* “jurisprudencial” de precedentes administrativos es la que hace posible una aplicación del Derecho que haga compatible la justicia del caso concreto con la seguridad jurídica y con el principio de igualdad. Por ello, la consulta dirigida al Consejo debe solicitar que se pronuncie sobre la existencia de relación de causalidad, sobre la valoración del daño y también sobre la cuantía y modo de la indemnización (artículo 12.2 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad).

En segundo lugar pero más importante, su relevancia para el *status libertatis* de los ciudadanos. Esta importancia es la causa su constitucionalización en el artículo 106 de la Constitución vigente. En consecuencia, el fin principal de la intervención del Consejo de Estado es la garantía del ciudadano. Se trata de una intervención del Consejo de las dirigidas “primordialmente a garantizar (...) la objetividad de la actuación administrativa frente a los particulares”, en palabras del profesor GARCIA DE ENTERRIA.

El legislador español de 1954 concibió la expropiación como un instrumento al servicio de la garantía del patrimonio de los particulares y, en consecuencia, estableció un concepto material y abstracto, además de tipificar detalladamente toda una variada gama de actuaciones expropiatorias. El principio general de responsabilidad administrativa ha de considerarse como cláusula de cierre del sistema. Coherentemente, en el dilema entre bien del servicio y garantía del particular como función predominante de la responsabilidad, el legislador de 1954 optó por dar preferencia a la garantía de los

particulares (61). Un sistema de responsabilidad que primase el bien del servicio sobre la garantía de los particulares se basaría en la falta, en el funcionamiento anormal del servicio público, y con carácter subsidiario, obligando al particular a proceder contra el funcionario y forzando de esta manera la depuración de responsabilidades. El sistema instaurado en España es justo el contrario.

La orientación general de la institución de la responsabilidad condicionará las funciones del dictamen del Consejo de Estado, introducido por el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, aprobado por el Decreto de 26 de abril de 1957. La función específica del Consejo de Estado en materia de responsabilidad es la garantía del particular: se constituye en instancia neutral entre la Administración y el particular, haciendo posible un juicio mínimamente imparcial de una materia muy delicada para el Departamento o unidad administrativa por cuya actuación se reclama. Muy secundariamente, el Consejo de Estado realiza también funciones de control de la Administración a través de la técnica tradicional de las “acordadas”, recogida en el artículo 130.4 del actual reglamento orgánico del Consejo de Estado, y que consiste en un anexo al dictamen propiamente tal en el que se recoge la posible existencia de responsabilidades disciplinarias y su fundamento. No obstante, se ha trata de una técnica poco utilizada.

Esta función de garantía de los derechos de los administrados predominante en la actualidad sobre la antigua vocación del Consejo como salvaguardia de la Hacienda Pública se vería reforzada por la coexistencia en un mismo procedimiento del dictamen del Consejo de Estado y de la intervención previa o crítica del la Intervención General del Estado. Las normas reguladoras del funcionamiento de este centro directivo le otorgan una función de salvaguardia del interés público y de la legalidad objetiva. En consecuencia, el Consejo de Estado está avocado a un examen de los asuntos que ponga una especial atención en los derechos e intereses legítimos de los particulares, la única manera de evitar una redundancia perfecta.

(61) Hay dos funciones que debe cubrir un sistema de responsabilidad patrimonial. Por un lado, debe conseguir que los daños inevitables que lleva aparejados la actividad administrativa no hayan de ser soportados sólo por las eventuales víctimas, ya que esto supondría una insostenible quiebra del principio de igualdad ante las cargas públicas. Este principio comporta que, lo que beneficia a todos ha de ser sufragado por todos, por igual o de acuerdo con sus posibilidades, pero no de acuerdo con un injustificable sistema de “lotería negativa”. Por otra parte, un sistema de responsabilidad administrativa debe servir también para contribuir a la mejora del servicio público entendido como actividad administrativa, sirviendo de mecanismo detector de las disfunciones. Vid. L. MARTÍN REBOLLO, “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo”, en la *Revista española de Derecho administrativo* núm. 24, 1980.

La función de garantía puede verse corroborada al examinar los efectos del dictamen del Consejo de Estado, aunque en principio son los de cualquier otro dictamen preceptivo del Consejo de Estado (62). Pero esta "normalidad" de los dictámenes en materia de responsabilidad tiene una excepción que deriva de la regulación del procedimiento abreviado hecha en el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad. Para que pueda resolverse una reclamación de responsabilidad a través de este procedimiento, los hechos que determinan la existencia de responsabilidad y la cuantía de la indemnización han de tener carácter "inequívoco" (artículo 14). Una consecuencia lógica, establecida expresamente en el artículo 17 del Reglamento citado, es que si existe discrepancia entre la propuesta de resolución y el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente -puede deducirse que los hechos no eran tan "inequívocos"-, no puede resolverse la reclamación a través del procedimiento abreviado, sino que habrá de recurrirse al procedimiento ordinario. Se trata, no cabe duda, de una solución ingeniosa y adecuada para aligerar los procedimientos sin menoscabar las garantías de la Administración y de los supuestos perjudicados, pero son sus consecuencias para la caracterización del dictamen del Consejo de Estado lo que ahora nos interesa. El dictamen del Consejo de Estado tiene eficacia obstativa o cuasi-vinculante en los procedimientos abreviados: si no "ratifica" las conclusiones del instructor del procedimiento, la Administración no puede resolver. Levantada la suspensión del procedimiento ordinario y terminada su instrucción, el Consejo de Estado habrá de informar de nuevo.

Una reflexión final. Esta eficacia reforzada del dictamen del Consejo de Estado y el hecho de que Entidades institucionales y Corporaciones locales puedan utilizar el procedimiento abreviado, no sólo para aceptar la existencia de responsabilidad, sino para denegarla o simplemente para fijarla en cuantía inferior a la solicitada, *sin recabar el dictamen del Consejo de Estado y ni siquiera el de un letrado o el de los propios servicios jurídicos de la entidad en cuestión*, produce una evidente *desigualdad entre los ciudadanos* según cual sea la Administración pública a la que sean imputables los hechos dañosos. Desigualdad difícilmente justificable desde un punto de vista constitucional. El uso del procedimiento abreviado sin adecuado contrapeso puede generar un aumento considerable de la litigiosidad o, dadas las dificultades actuales para acudir a la Justicia y fundamentalmente su coste económico, un menoscabo casi sistemático de los derechos de determinadas categorías de ciudadanos.

(62) Es decir, además de los propios de cualquier informe preceptivo (artículos 82 y 83 LAP), su peculiar efecto de limitación de la capacidad de decisión del ministro (artículo 2.5 LOCE).