

# ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRA SUJETOS PRIVADOS QUE HUBIERAN CONCURRIDO A LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO (PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 9.4 PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL)<sup>45</sup>

*José Garberí Llobregat*  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Ex-Letrado del Tribunal Constitucional*

## SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. LA UNIDAD JURISDICCIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN. III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. 1) Concepto y supuestos. 2) La Administración demandada. 3) Los “codemandados”. 4) Los “coadyuvantes”. A) La pretendida desaparición de la figura del coadyuvante. B) Naturaleza jurídica. C) Su intervención en el proceso administrativo. IV. PROBLEMÁTICA DEL “DEMANDADO PRIVADO” EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 1) Ámbito de aplicación. 2) La competencia exclusiva y excluyente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 3) La clase de litisconsorcio pasivo que genera el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial *ex art. 9.4.II* de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

A) El objeto del presente estudio es bien concreto. Nos proponemos examinar cuál es la problemática jurídica que plantea la novedosa previsión legal, contenida en

el art. 9.4.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante), relativa a la necesidad de que quienes demanden a la Administración ejercitando frente a ella una acción por responsabilidad patrimonial deban, al mismo tiempo, demandar también a aquellos *sujetos privados* que, junto a la Administración de que se trate, *hayan concurrido a la producción del daño*, y ejercitando ambas acciones siempre por los trámites del “*recurso contencioso-administrativo*” a tramitar ante los Juzgados y Tribunales competentes del “*orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”.

Es el caso, pues, en que de un determinado evento dañoso quepa responsabilizar conjuntamente (o de manera concurrente), y a cada uno de ellos en la cuota parte que le corresponda, cuando menos a *dos diferentes sujetos de derecho*; de un lado, y necesariamente, a una Administración Pública; de otro, a un sujeto privado o particular, sea persona física o jurídica. Aunque, naturalmente, la novedad legislativa que se comenta no estriba, en absoluto, en la posibilidad de que tal responsabilidad conjunta se suceda en la práctica (lo que, de hecho, habrá ocurrido en innumerables ocasiones con anterioridad a las apuntadas reformas), sino en *la necesidad de que el ejercicio conjunto de ambas acciones*, la dirigida contra la Administración y la dirigida contra el sujeto privado, *tenga que ser canalizado preceptivamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

<sup>45</sup> Texto de la ponencia presentada por el autor en el IX Congreso Derecho y Salud, “*Cambios en el derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?*”, celebrado en Sevilla, del 15 al 17 de noviembre de 2000

B) Dicha novedad se debe, como de todos es sabido, a una de las reformas que en la LOPJ llevó a cabo la L.O. 6/1998, de 13 de julio, mediante la cual se intentó adecuar aquélla a las innovaciones que en el ordenamiento orgánico y procesal introdujo la hoy vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA en lo sucesivo).

La cuestión de la que se trata, pues, paradójicamente, no se encuentra regulada en la LJCA sino, en el ejercicio de una técnica legislativa a nuestro juicio carente de toda justificación, en la LOPJ, y, dentro de esta última, ni siquiera en aquellos Títulos y Capítulos integrados por normas puramente procesales, sino al hilo de la regulación de la competencia genérica del orden jurisdiccional administrativo.

Así, el art. 9.4 LOPJ, tras proclamar que los órganos del orden jurisdiccional administrativo conocerán *“de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al derecho administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos...”*, así como también *“de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho”*, añade lo siguiente: *“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”*.

En materia sanitaria, en particular, la actual redacción de la DA 12ª LRJPAC (redactada conforme a la Ley 4/1999, de 13 de enero) dispone al respecto lo siguiente: *“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”*.

C) Con la enunciada previsión, según parece incontestable, se avanza un paso cualitativo más en el designio de que, en cualquier caso que pueda imaginarse, las acciones de responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración *sean conocidas en régimen exclusivo y excluyente* por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, *sea cual fuere la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive*, según esta-

blece también el art. 2.e) LJCA, y sea cual fuere, también, la naturaleza de los sujetos corresponsables del resultado dañoso cuando hayan concurrido varios a su producción, si todos ellos públicos (en los casos de la responsabilidad concurrente entre varias Administraciones Públicas a que se refiere el art. 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -LRJPAC-, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), o públicos y privados (en el supuesto del art. 9.4.II LOPJ); ya que si todos ellos fueren privados, evidentemente, nos encontraríamos en una esfera jurídica total y absolutamente ajena a la “contencioso-administrativa”.

Ahora, por tanto, el “*recurso contencioso-administrativo*” no va a ser solamente el cauce procesal a través del cual demandar a la Administración, sino también el procedimiento adecuado *para demandar a los particulares corresponsables del daño*, a los cuales, con anterioridad a la comentada reforma, podía perfectamente demandarse por medio de la incoación del proceso declarativo civil que correspondiese en función de la cuantía, o de un proceso ante los Juzgados y Tribunales del orden laboral, y además con total independencia de la incoación o no de un proceso administrativo dirigido a la exacción de la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante en el evento dañoso.

La regulación que se comenta, pues, incide en diversos aspectos de la regulación general del “recurso contencioso-administrativo”, pero, sobre todo, de manera más destacada, en el carácter exclusivo y excluyente de la Jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de cualesquiera acciones en las que se exija la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como también en el ámbito de la *legitimación pasiva en el “recurso contencioso-administrativo”*, de cuya problemática y régimen jurídico general, respectivamente, conviene hacerse eco antes de abordar en detalle la problemática que, insistimos que en la práctica totalidad de órdenes del proceso, genera la previsión del art. 9.4.II LOPJ.

## II. LA UNIDAD JURISDICCIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.

A) De todos es sabido que, como última atribución expresa de competencias adicionales al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 2.e) LJCA confiere al mismo el enjuiciamiento de las pretensiones que versen sobre *“la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza*

de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

El fundamento de dicha atribución es, por lo demás, bien conocido. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y, en general, todos los órganos y entidades que se engloban bajo el concepto de “Administración Pública”, así como los distintos organismos e instituciones que desempeñan funciones materialmente administrativas, han de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar su actividad; y ello tanto por la asunción de responsabilidad como poderes públicos (art. 9.3 CE), cuanto por la existencia de un derecho constitucional a la indemnización por toda lesión que dichos particulares sufran en sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC). Pues bien, a tenor de este art. 2.e) LJCA, corresponde en todo caso a los Juzgados y Tribunales administrativos la resolución de los conflictos que surjan en relación con la exacción de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Dicha proclamación, por otra parte, ya se encontraba expresamente prevista en el art. 3.b) de la derogada LJCA de 1956, si bien el contraste entre este precepto y el ahora vigente arroja como novedad el que este último prevea que dicha atribución competencial sea efectiva *con independencia de cuál sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación* que origina la reclamación de responsabilidad, hasta el extremo de quedar expresamente prohibido (“... no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil y social”) el someter dicha reclamación a cualesquiera otros órdenes de la Jurisdicción distintos al administrativo.

B) Tal supuesta innovación, sin embargo, no es tal. En efecto, es cierto que, con anterioridad a la promulgación de la LRJPAC, el texto del art. 41 de la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 generó no pocos problemas interpretativos al disponer la competencia de los “Tribunales ordinarios” (esto es, los civiles) para el conocimiento de la responsabilidad patrimonial en que recayera la Administración como consecuencia de aquellas de sus actividades realizadas bajo el régimen del Derecho privado, enunciado al amparo del cual se consolidó la existencia de una inconveniente y perturbadora duplicidad de órdenes jurisdiccionales competentes y de procesos (civiles y administrativos) donde enjuiciar y discutir sobre tales pretensiones.

Tal y como entonces pudo afirmar la STS 3ª 24.2.83, “después de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 la Jurisdicción competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra la Administración Pública viene determinada por la naturaleza de la actividad gene-

radora del daño producido en los bienes o derechos de los particulares, de tal forma que si dicha actividad está sujeta al Derecho Administrativo, es decir, implica una manifestación del funcionamiento de un servicio público, la pretensión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración deberá deducirse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, y si, por el contrario, el daño o lesión a dichos bienes o derechos se ha producido fuera o al margen de dicha actividad pública, la pretensión de resarcimiento debe plantearse ante la Jurisdicción ordinaria”.

La más autorizada doctrina (L. MARTIN-RE-TORTILLO), sin embargo, pudo evidenciar en su momento que el citado 3.b) de la LJCA de 1956 no prejuzgaba en modo alguno la naturaleza de la relación subyacente que daba origen a la responsabilidad patrimonial de la Administración, orientación que, finalmente, acabó por secundar el legislador, quien la incorporó expresamente al texto de la LRJPAC de 1992 (norma que, por cierto, derogó el art. 41 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). En concreto, a tenor de lo dispuesto en el art. 142.6 LRJPAC, la resolución de las Administraciones Públicas por la que se resuelva el procedimiento de exacción de responsabilidad patrimonial “pone fin a la vía administrativa”, “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive” (en idéntico sentido se manifiesta el art. 2.3 del R.D. 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, así como su Exposición de Motivos), incluso en los casos de actuaciones de la Administración producidas en el marco de las relaciones de Derecho privado (art. 144 LRJPAC).

A nuestro juicio, resultaba claro que desde la entrada en vigor de la LRJPAC de 1992, la antigua duplicidad de vías jurisdiccionales competentes para enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración había quedado reducida a una sola, exclusiva y excluyente: la vía del “recurso contencioso-administrativo” regulado en la LJCA de 1956, único proceso para cuyo acceso podía tener algún sentido el agotamiento de la “vía administrativa previa” a que se refería el citado art. 142.6 LRJPAC. De no ser así, ni el legislador de 1992 hubiera hablado del fin de la vía administrativa “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive” la petición de responsabilidad patrimonial, ni hubiera omitido tampoco una referencia expresa en la materia al agotamiento de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles, también reguladas en la LRJPAC (arts. 122 a 124).

El legislador de la LJCA 1998, sin embargo, y quizás por el influjo de una resistente jurisprudencia de las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo (que han seguido declarándose competentes después de la reforma operada en la materia por la LRJPAC, incluso después de

innumerables resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en sentido contrario a dicha asunción competencial ajena al orden jurisdiccional administrativo), no parece que haya sido enteramente consciente de la anterior situación jurídica, no tanto por reiterar una cláusula normativa de atribución competencial que ya se desprendía con suficiente claridad del texto de la LRJPAC -reiteración que, en cualquier caso, es de agradecer en aras a la seguridad jurídica, y resulta además casi obligada en una nueva Ley reguladora del proceso administrativo como la aprobada-, cuanto por arrogarse en la Exposición de Motivos de la Ley el mérito de haber logrado la unificación jurisdiccional en la materia, mérito que, en realidad, no le corresponde.

Concretamente, la Exposición de Motivos de la LJCA afirma al respecto, y de manera errónea, que también deben corresponder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. *Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe* y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal” (el subrayado, obviamente, es nuestro).

### III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

La otra gran cuestión sobre la que incide el art. 9.4.II LOPJ, junto a la de la unificación jurisdiccional para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es la relativa a la legitimación pasiva en el proceso administrativo.

#### 1) Concepto y supuestos.

Como de todos es sabido, el art. 21 LJCA dispone lo siguiente:

*“1. Se considera parte demandada:*

*a) Las Administraciones Públicas o cualesquiera de los Órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.*

*b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.*

*2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado anterior, cuando se trate de Organismos o Corporaciones públicos sujetos a fiscalización de una Administración territorial, se entiende por Administración demandada:*

*a) El Organismo o Corporación autores del acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización es aprobatorio.*

*b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprueba íntegramente el acto o disposición.*

*3. Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida”.*

En dicho precepto, como es evidente, se regula la *legitimación pasiva* en el “recurso contencioso-administrativo”, la cual, en virtud de la teoría general sobre la legitimación, constituye la específica situación jurídico-material en la que se encuentra un sujeto o una pluralidad de sujetos con respecto al objeto de la pretensión esgrimida por un tercero contra ellos en el proceso, y cuya concurrencia determina la posibilidad de lograr del órgano jurisdiccional un pronunciamiento de fondo, estimatorio o desestimatorio de la pretensión.

Así, junto a la legitimación activa en el proceso administrativo -coincidente, en términos generales, con la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo relacionado materialmente con la actuación administrativa cuestionada-, se encuentra “*la otra cara de la moneda*”, es decir, la legitimación pasiva, que en el proceso administrativo, igualmente en términos generales, viene a coincidir, en un primer estadio, con *la autoría de la actuación administrativa cuestionada*, e igualmente, en un segundo estadio, con *la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en relación con el acto o disposición administrativa impugnada*.

Con estas premisas, el esquema subjetivo de la legitimación pasiva en el proceso administrativo lo constituyen, en primer término, los “*demandados directos*”: la *Administración de la que ha emanado la actuación recurrida*, Administración sin la cual el proceso administrativo resulta totalmente improcedente y en la cual concurre una inequívoca legitimación en relación con la actividad impugnada, que proporciona la circunstancia de haber sido su autora [art. 21.1.a) LJCA], así como, en este mismo nivel, los *sujetos privados que hayan concurrido conjuntamente con la Administración a la producción del daño origen de una reclamación de responsabilidad patrimonial* (art.

9.4.II LOPJ), de los que nos ocuparemos en un ulterior apartado del presente estudio. En segundo lugar, y ya como “demandados indirectos”, quienes sean titulares de un “derecho subjetivo” derivado del acto o disposición administrativa objeto de recurso, que, por supuesto, pretendan su mantenimiento fundamentando la perfecta adecuación a Derecho de los mismos -son los sujetos a los que la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente ha denominado “codemandados” [art. 21.1.b) LJCA]-; y en tercer y último lugar, los sujetos que ostenten un mero “interés legítimo” en el mantenimiento del acto o disposición reglamentaria cuestionada en el proceso -son los “coadyuvantes” [art. 21.1.b) LJCA], figura que, como será examinado posteriormente, en modo alguno puede entenderse abolida del ámbito del “recurso contencioso-administrativo”.

Además, conviene advertir que, de la misma manera que sucedía con la legitimación activa, la pasiva se define también exclusivamente en la sentencia, la cual, examinando si la pretensión esgrimida por el legitimado activamente se ha dirigido contra el sujeto legitimado pasivamente, entrará a conocer del fondo del asunto, determinando primero la concurrencia de la legitimación, para enjuiciar después el fundamento de las pretensiones formuladas por ambas partes. Por ello, con el concepto de legitimación que aquí se sostiene (y que, por lo demás, es el abrumadoramente mayoritario en la doctrina), no puede afirmarse que el estudio de la vertiente pasiva de dicho instituto carezca de trascendencia, puesto que, como ya es conocido, si bien la ostentación verdadera o no de legitimación no tiene, en principio, nada que ver con la validez de los actos realizados durante el proceso, no es menos cierto, sin embargo, que la misma guarda una estrecha relación con su eficacia para lograr un pronunciamiento judicial que resuelva el conflicto planteado.

Lo que acontece con la legitimación pasiva, ello no obstante, es que su análisis judicial se realiza una vez comprobada la legitimación activa del demandante, y si de dicha comprobación se desprende la certeza de que el actor no se encuentra legitimado, ni siquiera resulta necesario indagar sobre la legitimación pasiva. De cara a la obtención de una sentencia de fondo, lo que importa es que el actor ostente legitimación activa; la pasiva servirá tan sólo para decidir si puede o no solucionarse el conflicto planteado. En definitiva, la sentencia de fondo que desestima las pretensiones del actor, pese a estar el mismo legitimado activamente para deducirlas, puede realizar dicha declaración independientemente de que el demandado esté o no legitimado. La legitimación del demandado, pues, tan sólo alcanza relevancia cuando el actor una a su legitimación el otro elemento determinante de la eficacia de su pretensión -la fundamentación-. Tan sólo en ese caso, la falta o no de legitimación pasiva subordinará la sentencia de desestimación o de estimación, respectivamente.

## 2) La Administración demandada.

A) La legitimación pasiva de la Administración en el proceso administrativo no plantea, en principio, ninguna intensa problemática, por cuanto, a la vista de la competencia genérica atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo por los arts. 9.4.I LOPJ y 1 LJCA, es evidente que habrá sido una de sus actuaciones o disposiciones la que, invariablemente, originará el nacimiento del proceso, y la posterior deducción de la pretensión procesal frente a unas u otras [art. 21.1.a) LJCA].

También resulta evidente, por otro lado, que la Administración autora de un acto o disposición cuya legalidad se cuestiona ante los Jueces y Tribunales administrativos, encuentra empeñado en el proceso su “derecho” (o, si se prefiere, su “potestad”) a ejercitar del modo que crea oportuno y conforme con al ordenamiento jurídico las potestades y facultades que la legislación le confiere, o su “interés” en actuar la legalidad del modo que le parezca más oportuno, por lo que puede afirmarse que la legitimación pasiva de aquélla nace desde el mismo instante en que, siendo requerida por el órgano jurisdiccional para que proceda al envío del expediente administrativo, adquiere el estatus formal de parte demandada (arts. 48 y 50 LJCA).

B) La determinación concreta de la Administración demandada por parte del demandante, además, no presenta particulares dificultades, puesto que, al constituir el agotamiento de la vía administrativa previa un auténtico “presupuesto procesal” (art. 25 LJCA), lo más probable es que, entre “administrado demandante” y “Administración demandada autora del acto o disposición”, haya existido una relación anterior al proceso, en la que el uno haya quedado perfectamente determinado para el otro.

Incluso tampoco se cierne mayor problemática en la hipótesis en que la Administración, permaneciendo inactiva ante un requerimiento del administrado, emplee la técnica del silencio administrativo negativo (arts. 25.2 LJCA y 43 LRJPAC), dado que en estos casos la autoría de la “resolución presunta” y, por ende, inexistente, es directamente imputable al órgano administrativo al que el administrado se haya dirigido, todo ello independientemente de si el mismo tiene o no conferidas las competencias necesarias en relación con el contenido de la petición desestimada tácitamente.

Por lo demás, los problemas que podían suscitarse en los casos en los que un órgano público se comunica con el administrado dictando el acto o disposición, pero es otro órgano de la Administración el que ha de autorizar, o aprobar, o fiscalizar el mismo en virtud de cualesquiera técnicas de tutela administrativa, los soluciona debidamente el art. 21.2 LJCA, al disponer que cuando un Orga-

nismo o Corporación realicen una actividad, y ésta no sea firme sin previa autorización o aprobación de una Administración territorial, se entenderá por Administración demandada: “a) El Organismo o Corporación autores del acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización es aprobatorio; y b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprueba íntegramente el acto o disposición” (cfr. SSTS 3.<sup>a</sup> 28.12.70, 4.<sup>a</sup> 20.4.85, 1.3.89, STC 82/1983, de 20 de octubre).

C) Finalmente, el art. 21.3 LJCA contiene una novedosa previsión normativa (que emparenta de algún modo con el art. 107.3 LRJPAC), conforme a la cual, en los casos en que, por haberse impugnado una actuación administrativa sobre la base de la ilegalidad de la disposición general de la que aquélla es actividad de aplicación (el llamado “recurso indirecto” contra Reglamentos, hoy objeto del art. 26.1 LJCA), habrá de demandarse, no sólo a la Administración que haya dictado el acto cuestionado, sino también, *si fuere distinta*, a la Administración autora de la disposición reputada disconforme a Derecho (porque si una y otra fuesen una y la misma Administración, dada la cláusula de personalidad jurídica única de las mismas - arts. 3.2 LRJPAC y 2.2 LOFAGE- sería inútil demandar dos veces a un mismo legitimado pasivamente).

En tales supuestos legales, obviamente, la posición procesal de parte pasiva estará ocupada por las dos distintas Administraciones Públicas, generándose de este modo un claro ejemplo de *litisconsorcio pasivo* en el proceso administrativo.

No se piense, sin embargo, que dicho litisconsorcio es de *carácter necesario*; y no lo es puesto que, al igual que ocurre en general con los “codemandados” a los que se refiere el art. 21.1.b) LJCA, la llamada al proceso de la Administración autora de la disposición general lo será *a los solos efectos de ser oída*, y no porque entre ella y la Administración autora del acto impugnado exista un *nexo de derecho material* en relación con el contenido de la actuación objeto del conflicto.

### 3) Los “codemandados”.

A) El art. 21.1.b) LJCA también legitima pasivamente, considerándolos como “parte demandada” en el proceso administrativo ordinario, a “*las personas o entidades cuyos derechos... pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante*”, a los cuales tradicionalmente se ha denominado “codemandados”, utilizando una acertada terminología significativa de que dichos sujetos, al menos en el proceso ordinario, nunca ocupan por sí solos la posición procesal de demandados, sino que siempre acompañan en esa posición a la

Administración autora del acto del que deriva algún derecho en su favor.

Su legitimación pasiva, además, es bien evidente desde el momento en que la anulación de la actuación o disposición administrativa impugnada puede restringir, menoscabar o eliminar su esfera de derechos subjetivos.

Para la determinación de los sujetos codemandados, inevitablemente, habrá de acudirse al contenido de la actuación administrativa cuestionada -que es el verdadero punto de referencia para afrontar dicha tarea-, y, tan sólo en aras al incremento de las probabilidades de acierto en tal determinación, a la concreta pretensión ejercitada por la parte demandante.

B) Los codemandados, al igual que la Administración demandada, son “partes necesarias” en el proceso administrativo (STS 3.<sup>a</sup> 26.3.87, STC 46/1987, de 21 de abril), en el cual no podrá dictarse válidamente una sentencia que anule el acto administrativo cuestionado si, existiendo personas titulares de derechos creados al amparo del mismo, no se les concede, al menos, la oportunidad de comparecer y ser oídas. De ahí la absoluta necesidad, so pena de ocasionarles indefensión contraria al art. 24 CE que, en último término, sería restablecida en la vía del recurso de amparo constitucional, de que los codemandados sean debidamente llamados a comparecer en el proceso (personalmente a quienes se conozca su domicilio o residencia, por edictos a los que se hallen en paradero desconocido), remitiéndoles el oportuno acto administrativo o procesal de comunicación.

Dicha condición de parte necesaria, por un lado, y la circunstancia de que los codemandados, al menos en el proceso administrativo ordinario, nunca ocupen por sí solos la posición de “parte demandada”, por otro, no debe inducir a pensar que, en los supuestos de actuación conjunta de todos ellos, se configure siempre un “litisconsorcio pasivo necesario”, porque, tal y como fue examinado anteriormente, dicha figura obedece siempre a imperativos de índole material, no formal, los cuales prácticamente nunca se dan cita en el Derecho Administrativo.

C) Finalmente, los codemandados, al ostentar un “derecho subjetivo” en relación con la actuación administrativa impugnada -título éste de legitimación análogo al derecho de la Administración demandada a ejercitar del modo que crea correcto, o ajustado al ordenamiento, las potestades y facultades que la legislación le confiere-, son, como la propia Administración demandada, “partes principales” y, como tales, ostentan el pleno dominio sobre su pretensión, siéndoles dado realizar cualesquiera de los actos procesales detallados en la LJCA, incluida la posibilidad de ejercitar los diferentes medios de impugnación con independencia de cuál sea la postura de la Administración demandada.

#### 4) Los “coadyuvantes”.

El esquema subjetivo de atribución de la legitimación pasiva se cierra con la figura de los “coadyuvantes”, a los que implícitamente se refiere el art. 21.1.b) LJCA al legitimar pasivamente en la esfera del “recurso contencioso-administrativo” a aquellas *“personas o entidades cuyos... intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”*.

##### A) La pretendida desaparición de la figura del coadyuvante.

a) Como de todos es sabido, la anterior LJCA de 1956 se refería a los coadyuvantes en su art. 30, entendiendo por tales a aquellas personas que fuesen titulares de un “interés directo” en el mantenimiento del acto o disposición que constituyese el elemento objetivo de la pretensión procesal administrativa (art. 30.1 de la LJCA de 1956), los cuales actuaban en el proceso ordinario, junto a la Administración, en el rol de “parte pasiva”; tratándose del proceso de lesividad, en cambio, dichos coadyuvantes podían actuar también al lado de la Administración, pero esta vez en la estatus de “parte activa”, directamente interesada en la anulación del acto declarado lesivo a los intereses públicos (art. 30.2 de la LJCA de 1956).

En el concepto de coadyuvante manejado por la derogada LJCA, en cambio, no resultaba posible la existencia de *coadyuvantes del administrado* en el ámbito del proceso ordinario, y ello, formalmente, porque la redacción literal del su art. 30 no lo autorizaba (ya que el mismo tan solo se refería a los interesados en el *mantenimiento* del acto o disposición que motivara la acción contencioso-administrativa, no en su *anulación*), si bien, materialmente, el motivo de que dicha figura no fuera reconocida en el lado de los activamente legitimados para promover el proceso administrativo se justificaba en que, dado el reconocimiento del “interés directo” como título de legitimación activa, cuando la parte principal ostentara dicho título, entonces el coadyuvante, en realidad, ya no sería tal, sino más bien un litisconsorte (o, si se prefiere, un *interviniente litisconsorcial*) que podría intervenir en el proceso, no ya coadyuvando al éxito de las tesis de la parte principal, sino, en igualdad de condiciones con la misma. Por tal causa, la figura del coadyuvante del administrado, para no desnaturalizar la concepción que del coadyuvante realizaba la antigua LJCA, únicamente podría adquirir sustantividad cuando el mismo acudiese al proceso invocando un título de legitimación distinto, y de menor intensidad, que el esgrimido por la originaria parte demandante.

b) En la nueva LJCA de 1998, sin embargo, las referencias nominales a la figura del “coadyuvante” brillan por su ausencia, lo que, en una aproximación precipitada al fenómeno, ha inducido a pensar que dicha categoría ha

sido suprimida del ámbito del “recurso contencioso-administrativo”, conclusión que, desde luego, no sería de extrañar que muchos alcanzasen habida cuenta del movimiento doctrinal y jurisprudencial en pro de su supresión, que se remonta varios atrás, prácticamente a raíz de la entrada en vigor de la Constitución, y que parece -pero tan solo parece- haber culminado con la aprobación de la nueva Ley.

En efecto, creemos que fue MUÑOZ MACHADO quien, por vez primera, cuestionó la pervivencia de dicha figura (REDA nº 32 de 1982). Según dicho autor, el reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva, no sólo de los derechos subjetivos, sino también de los “intereses legítimos”, habría supuesto que el estatus procesal del coadyuvante viniera a coincidir con el del co-demandado. Dicha orientación fue calando, poco a poco, en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la cual fue paulatinamente desmoronando el entramado sobre el cual se había asentado tradicionalmente la intervención procesal del coadyuvante, mediante la atribución al mismo de facultades y poderes que entraban de lleno a desvirtuar su naturaleza de *“interviniente adhesivo simple”*.

De dicha orientación, por ejemplo, fue exponente la STS 3ª 30.12.89, donde se afirmó que el coadyuvante, en cuanto titular de un *interés legítimo*, *“ha de poder formular cuantas alegaciones estime procedentes con independencia de las que se desarrollen por los demandados”*; y de ahí, naturalmente, derivó la posibilidad de que el mismo pudiese interponer recursos con independencia de las partes principales, al considerarse abrogada la prohibición contenida en el antiguo art. 95.2 LJCA (SSTS 3ª 10.11.89, 16.3.91, 12.11.91). Incluso llegó a sostenerse que la derogación del citado precepto por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y su sustitución por el art. 96.3 LJCA, en su redacción vigente hasta la aprobación de la nueva Ley de 1988, en el que ya no se aludía expresamente a la referida prohibición, tenía por causa, precisamente, la decantación del legislador por la *nueva doctrina* sobre las facultades procesales del coadyuvante.

c) A nuestro juicio, sin embargo, la figura del “coadyuvante” -que, como se examinará en el siguiente apartado, responde a los patrones conceptuales de la *“intervención adhesiva simple”*-, ni desapareció tras la aprobación de la Constitución y el reconocimiento en ella del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e *intereses legítimos* de los ciudadanos, ni tampoco puede considerarse ahora abolida por el hecho de que la nueva LJCA de 1998 no se refiera *nominatim* a la misma.

Antes al contrario, la pervivencia del “coadyuvante” se fundamenta en el, pensamos que indiscutible, dato de que, precisamente por la vigencia del art. 24.1 CE, el orde-

namiento jurídico ha de reconocer legitimación para intervenir en el proceso administrativo, no sólo a los interesados en la anulación de una concreta actuación administrativa [a los que explícitamente se les confiere legitimación activa en el art. 19.1.a) LJCA ], sino también a los simples interesados en su mantenimiento. Es decir, en favor de aquellas personas físicas y jurídicas que, ni siendo la Administración Pública autora de la actuación cuestionada, ni ostentando derechos subjetivos derivados de dicha actividad administrativa, ostentan algún tipo de *interés legítimo* que, bajo la cobertura del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, les habilita para comparecer en el proceso e intervenir en el mismo *como partes accesorias, subordinadas o secundarias*, en defensa de las pretensiones esgrimidas por las *partes principales* (esto es, Administración y codemandados), entendiéndose por tales aquellas que, por la entidad del título de legitimación que ostentan (la autoría de la actividad impugnada o la titularidad de un derecho subjetivo, respectivamente), pueden efectuar cualquiera actos procesales, incluidos los de disposición de la pretensión.

Incluso puede llegar a sostenerse que el mantenimiento de la posición procesal de “coadyuvante” no sólo obedece a exigencias derivadas del art. 24.1 CE, y ni siquiera al hecho de que el propio Tribunal Constitucional haya estimado acorde con la Constitución el diferenciado tratamiento legal existente en la LJCA de 1956 entre codemandados y coadyuvantes (AATC 461/1983, de 28 de septiembre, 170/1988, de 1 de febrero), sino a razones propias de la Teoría General del Derecho, e incluso a la propia naturaleza de las cosas.

En primer lugar, resulta comúnmente admitido desde siempre que las partes procesales que ostenten un mismo título de legitimación han de tener idénticas posibilidades de intervención procesal; de lo que se infiere que cuando dicho título es distinto, distinta ha de ser también su participación en el proceso. De ahí que, como primera conclusión, el pretender igualar al coadyuvante con las partes principales supone eliminar irreflexivamente todo el sistema normativo regulador de los títulos de legitimación. Con expresa referencia al proceso administrativo, LÓPEZ RODÓ puso de manifiesto en su día la imposibilidad de someter al mismo régimen jurídico al titular de derechos subjetivos derivados del acto impugnado, que comparecía en el proceso en defensa de sus derechos, y al que, sin ser titular de derechos subjetivos, tenía simple interés en el mantenimiento del acto.

En segundo lugar, si se piensa que el reconocimiento de la intervención procesal adhesiva puede promocionar las posibilidades de procesos “simulados” entre las partes principales, con el fin de perjudicar al tercero interesado (M.A. FERNÁNDEZ), se descuidan, al menos, tres datos de importancia: primero, que la posibilidad de un proceso convenido fraudulentamente con la

Administración es muy reducida (CORDÓN MORENO); segundo, que si el coadyuvante resultara directamente afectado por la futura resolución judicial, entonces se convertiría evidentemente en un “codemandado/parte principal” y habría de ser entonces emplazado obligatoria y personalmente en todo caso; y tercero, que aún admitiendo la posibilidad del proceso simulado, el tercero, si resultase directamente afectado por la resolución judicial, siempre ostentaría un título de legitimación que le permitiría acudir a otro distinto proceso, aquí ya como parte principal, en defensa de sus intereses (FABBRINI).

Además, tal y como se ha examinado en páginas precedentes, el reconocimiento constitucional del “interés legítimo” no puede implicar la general admisión de la acción popular; partiendo de esta idea, pues, si se entienden equiparables los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés legítimo” (como lo hace, vgr., CORDÓN MORENO), reputando inconstitucional el “interés directo” exigido al coadyuvante, lo que se promueve en realidad, no es la equiparación procesal entre partes principales y coadyuvantes, sino más bien la supresión de estos últimos y, por ende, la supresión del instituto de la “intervención adhesiva”. Y lo mismo si se sitúan en un plano de igualdad el “derecho subjetivo” y el “interés directo”, puesto que entonces perviviría tan sólo la figura del codemandado.

En conclusión, pues, se mantenga o no la actual regulación de la LJCA sobre el coadyuvante, resulta evidente que si las partes procesales ostentan diferentes títulos de legitimación y, por lo tanto, los efectos de la cosa juzgada no les repercuten de igual manera, diferente habrá de ser su régimen de facultades procesales: plenas para los directamente afectados por la cosa juzgada, limitadas para los restantes.

d) Pero, es más; si se entendiera que, efectivamente, la nueva LJCA de 1998 ha suprimido la figura del “coadyuvante”, los resultados a que dicha supresión conduciría serían, a corto o medio plazo, absolutamente desastrosos para el funcionamiento eficaz y adecuado de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Así, por ejemplo, hasta este momento la intervención de los coadyuvantes en el proceso era considerada meramente coyuntural, no existiendo obligación de emplazarles individualmente, de forma que su no comparecencia no acarrearía defecto alguno en la constitución de la relación jurídica procesal. Ahora, en cambio, si se interpreta que el coadyuvante es también parte principal, en igualdad de condiciones con la Administración demandada y con los codemandados, surgiría entonces la obligación de emplazar a todos y cada uno de los legítimamente interesados en cada actuación administrativa que se impugne ante la Jurisdicción, determinándolos por sus nombres, apellidos y direcciones, y notificándoles la

existencia del proceso con anterioridad a la remisión del expediente, todo ello con independencia de si los mismos *aparecen o no* como interesados en aquél (art. 49.1 LJCA), lo que, a buen seguro, resultará en la mayoría de los casos una *misión imposible*. Y es que, de lo contrario, si un simple interesado en el mantenimiento de la actuación impugnada no es tempestiva y debidamente emplazado, al considerársele como parte principal, podría solicitar con éxito la nulidad de las actuaciones practicadas - e incluso de la propia sentencia firme- por haberse tramitado el proceso *inaudita parte* con respecto a él, sumiéndole en un estado de indefensión lesivo del art. 24.1 CE.

De conformidad, pues, con esta línea doctrinal, la figura del “coadyuvante” de la Administración se encuentra reconocida en el art. 21.1.b) LJCA, en tanto que posible afectado en sus intereses legítimos por la estimación de las pretensiones del demandante.

## B) Naturaleza jurídica.

En punto a indagar sobre la naturaleza jurídica de la posición de coadyuvante el dato fundamental nos lo proporciona la propia LJCA, al partir siempre de la idea de que dicha figura ostenta un título de legitimación (el “*interés legítimo*”) distinto y de menor intensidad que el invocado o afirmado por las partes originariamente demandadas -la Administración o los “codemandados”, titulares de potestades y derechos subjetivos- al éxito de cuyas pretensiones aquél “coadyuva”.

De este fundamental dato se desprende, en primer término, que el coadyuvante, al incorporarse a una posición procesal donde se encuentran otras partes que ostentan títulos de legitimación superiores en entidad al suyo, nunca podrá ocupar el estatus de “parte principal”; y de ahí que, en segundo término, los efectos materiales de la cosa juzgada no le afecten en la misma medida que a las restantes partes demandadas.

Ambas consecuencias hacen que la figura del coadyuvante responda ontológicamente a los perfiles propios de la “*intervención adhesiva simple*”, tal y como, por lo demás, pudo reconocer la doctrina más autorizada desde el momento mismo de la promulgación de la anterior LJCA de 1956 (GUASP, LÓPEZ RODÓ, MONTERO).

## C) Su intervención en el proceso administrativo.

La distinción del coadyuvante con las partes principales, sin embargo y como no podía ser de otra manera, no presenta diferencias únicamente en lo que al título de legi-

timación concierne -en el caso de aquéllos la autoría del acto o la titularidad de un “derecho subjetivo” derivado del mismo, en el de los coadyuvantes el “interés legítimo”, sino también en la propia naturaleza de su intervención en el proceso.

En primer lugar, y salvo que el demandante dirija su demanda directamente contra los mismos, identificándoles debidamente, *la intervención de los coadyuvantes en el proceso administrativo será siempre sobrevenida*, lo que ha de determinar un distinto régimen de comparecencia con relación al de las partes principales u originarias; en este sentido, al no existir disposición expresa alguna en la LJCA que determine el momento en que puedan comparecer los coadyuvantes, no resulta arriesgado colegir que podrán verificar dicha conducta *en cualquier estado del procedimiento*, e incluso en la segunda instancia. Ahora bien, tal y como ya se dijo anteriormente, su incomparecencia, o su comparecencia tardía, en ningún caso determinará la repetición, interrupción o retroacción de acto procesal alguno ya realizado (así, vgr., SSTS 4ª 13.6.75, 27.4.83).

Debe considerarse, no obstante, que, como afirma la STS 3ª 28.9.82, “*no es procesalmente aceptable que un coadyuvante no comparecido en la primera instancia pueda comparecer en la segunda invocando causas de inadmisibilidad del recurso que no fueron en su momento alegadas por la Administración demandada, o reiterando las que, alegadas por la misma y rechazadas en la sentencia dictada por el Tribunal a quo, no fueron reproducidas por la Administración en el recurso de apelación interpuesto, ni tampoco plantear cuestiones no debatidas ante el Tribunal de instancia, ni las que impliquen una reformatio in peius de la sentencia apelada*”.

En segundo lugar, y más importante, *no resulta necesario demandar al coadyuvante para que el proceso y la sentencia resulten plenamente válidos y eficaces*; su intervención procesal, por tanto, reviste marcadamente caracteres de coyunturalidad, accediendo a la misma en función de su propia conveniencia, sin que demandante o demandado tengan obligación alguna de hacerles constar en sus escritos, y sin que el órgano judicial haya de citarles individualizadamente si su participación no es reclamada por ninguna de las partes principales.

De ahí que estos coadyuvantes participen procesalmente limitándose a esgrimir sus argumentaciones fácticas y jurídicas en pro del mantenimiento del acto o disposición impugnada, sin tener la posibilidad de deducir una pretensión “distinta” a la que sostenga la Administración demandada a la que coadyuvan, actuando con carácter “subordinado”, o “dependiente”, o “accesorio” a la misma, que es la verdadera “parte principal” (SSTS 3ª 8.3.60, 26.4.74, 9.12.76). De ese modo, al coadyuvante le está vedado formular peticiones autónomas, distintas e independientes

de las de la parte principal, ya que desde esa posición únicamente puede colaborar procesalmente al éxito de las pretensiones del litigante al que ayuda, pero no puede formular peticiones propias (STS 3ª 19.10.87), si bien no supone sostener pretensión distinta el hecho de que, en tanto la Administración pida la desestimación del recurso, el coadyuvante fundamente y suplique su inadmisibilidad (STS 4ª 15.11.83); de igual forma, tampoco podrá interponer recursos con independencia de la parte principal a la que coadyuve, de forma tal que la negativa de ésta a interponer cualesquiera medios de impugnación, dada su superior legitimación en relación con lo que constituya en cada caso el objeto procesal, habrá de vincular necesariamente a la parte coadyuvante.

Tales limitaciones han sido, además, correctamente interpretadas por la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo; así, para la STS 3ª 4.3.87 *“lo trascendente de la figura del tercero coadyuvante es la postura que ocupa frente a la parte principal, y esa situación se traduce en una dependencia total en cuanto a los actos primordiales; de ahí que, en cuanto al objeto de la demanda, se halle por completo dependiendo de la disposición de la otra y, en consecuencia, no puede desistir ni renunciar ni allanarse o transigir, y menos aún interponer recurso alguno con independencia de la parte principal, consecuencia deducible de la cualidad de accesoriedad de que está impregnada la figura del coadyuvante, de modo que extinguida la actividad de la parte principal, se extingue la actividad de la parte coadyuvante”* (vid. también vgr., SSTS 3ª 10.10.83, 27.9.86).

#### IV. PROBLEMÁTICA DEL “DEMANDADO PRIVADO” EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Una vez examinado el régimen jurídico de los distintos exponentes de legitimación pasiva en el proceso administrativo, así como la progresiva tendencia legislativa en favor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa como orden jurisdiccional exclusivo y excluyente para el enjuiciamiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial que se dirijan contra la Administración, estamos ya en condiciones de examinar el alcance del art. 9.4.II LOPJ, conforme al cual, recordemos de nuevo, junto a la Administración demandada y, en su caso, junto a los codemandados y coadyuvantes, también estarán pasivamente legitimados en los procesos administrativos donde se ejerciten dichas acciones de responsabilidad patrimonial, aquellos sujetos privados que hayan concurrido con aquélla a la producción del

daño, frente a los cuales, según reza explícitamente la meritada norma, *“el demandante deducirá... su pretensión”* igualmente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

##### 1) **Ámbito de aplicación.**

A) A la luz del tenor literal del art. 9.4.II LOPJ, es evidente que el ámbito de aplicación de la novedad legislativa que se comenta no se proyecta a ninguno de los siguientes casos:

a) En primer lugar, en el supuesto en que el resultado dañoso no quepa imputarlo sino *a un único sujeto de Derecho*, sea éste una Administración Pública, sea un sujeto privado, en cuyo caso resultarán de aplicación las disposiciones generales que determinan la procedencia de los procesos administrativo y civil, respectivamente, sin que se observe en ellos género alguno de litisconsorcio pasivo.

b) En segundo término, en el caso de la *responsabilidad patrimonial conjunta o concurrente de dos o más Administraciones Públicas* (v. art. 140 LRJPAC), supuesto en el cual, como ninguno de los sujetos responsables del daño padecido por el sujeto afectado merece la calificación de *“sujeto privado”*, no puede decirse que el precepto que comentamos presente ningún asomo de aplicabilidad, si bien la existencia de este litisconsorcio entre personas jurídico-públicas del mismo viene a generar el surgimiento de problemas análogos a los que dicho precepto ocasiona.

c) En tercer lugar, tampoco tiene aplicación el art. 9.4.II LOPJ en el ámbito de la exacción de *responsabilidad patrimonial de una autoridad o funcionario administrativo*, caso éste en el que, como es sabido, el art. 145 LRJPAC prescribe la necesidad de que el interesado deba dirigir su pretensión directamente frente a la Administración a la que aquél pertenezca, y no contra ésta y, conjuntamente, contra la autoridad o funcionario en cuestión (vgr. Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 17.7.97, 25.3.98). En estas hipótesis, por consiguiente, no hay género alguno de corresponsabilidad ni, por ende, de litisconsorcio, sino de responsabilidad única de la Administración Pública, quien con posterioridad exigirá de la autoridad o del funcionario productor del daño la responsabilidad civil en que hubiere incurrido.

Y lo mismo sucede cuando la Administración actúe bajo el régimen del derecho privado, hipótesis en la cual también responderá *“directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación de los mismos actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre”* (art. 144 LRJPAC).

d) En cuarto lugar, en el supuesto de la *responsabilidad patrimonial de un concesionario de servicios públicos* tampoco cabrá aplicar el art. 9.4.II LOPJ, ya que en tal supuesto, y en virtud de lo establecido en los arts. 121.2 y 123 LEF, se observa una solución análoga a la anterior, es decir, la necesidad de que el interesado dirija su reclamación únicamente frente a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá sobre la procedencia de la indemnización y sobre quién debe pagarla, si el concesionario o, en los casos en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario que sea de ineludible cumplimiento para éste, si la propia Administración. Pero en ningún caso se aprecia exponente alguno de corresponsabilidad conjunta de dos sujetos de derecho contra los que poder ejercitar acumuladamente en un mismo proceso varias acciones de la misma naturaleza.

e) Por último, el ya tantas veces citado art. 9.4.II LOPJ no es aplicable tampoco a los casos de *responsabilidad patrimonial de una Administración Pública generada por una actividad cubierta por una póliza contratada con una entidad aseguradora privada*, respecto de la cual, obviamente, en modo alguno puede decirse que en tales casos se erija en un *sujeto privado que haya concurrido a la producción del daño*.

En este caso, la aseguradora nunca podrá adquirir, en pie de igualdad con la Administración asegurada, la condición de *parte demandada* en el proceso administrativo *ex art. 9.4.II LOPJ*, pues a ella nunca cabrá imputar la producción del resultado dañoso; si bien sí podrá intervenir en calidad de parte codemandada o de coadyuvante (vgr. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 17.3.99). Además, si con posterioridad hubiese que demandar autónomamente a dicha aseguradora por incumplimiento de sus obligaciones, la vía adecuada ya no sería la del “*recurso contencioso-administrativo*” sino la del proceso civil.

B) Sí parece posible convenir, en cambio, en que la norma que ahora se analiza encuentra su ámbito adecuado de aplicación *cuando de la producción de un mismo resultado dañoso resulten responsables dos o más sujetos de Derecho, de los cuales alguno de ellos sea una Administración Pública*.

Son, en definitiva, hipótesis en las que cabe imputar la responsabilidad patrimonial por la autoría de una actividad dañosa a dos o más personas, cada una de ellas en la medida de su intervención en el evento de que se trate. Por eso puede decirse que *ambas asumen el mismo rol jurídico de parte demandada en el proceso administrativo*, sin que el sujeto privado que haya concurrido a la producción del daño pueda ser considerado como parte codemandada o parte coadyuvante, ya que, en puridad, lo que individualiza su posición procesal es la autoría de la

actuación impugnada y no el que de la misma se deriven para ella derechos subjetivos o intereses legítimos.

Nos encontramos en presencia, pues, de una nueva figura desconocida hasta ahora en el plano pasivo de las clásicas posiciones que conforman la relación jurídica procesal en el “*recurso contencioso-administrativo*”, la figura del “*demandado privado*” que, ocupando exactamente el mismo estatus que la Administración demandada, interviene en el proceso administrativo en defensa de sus propios derechos e intereses, que podrán ser perfectamente contrapuestos, no sólo con los del actor, naturalmente, sino incluso con los de la Administración litisconsorte, y con los codemandados o coadyuvantes de esta última. Estos demandados privados, pues, no ostentan ningún derecho o interés en relación con la *actividad lesiva, origen de la queja, proveniente de la Administración*, sino que son ellos mismos los autores de una actividad propia y singular, distinta de la de la Administración pero igualmente lesiva, que también se constituye en fundamento de la reclamación.

## 2) La competencia exclusiva y excluyente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Puestos a adentrarnos con detalle en la problemática procesal que suscita el novedoso enunciado contenido en el art. 9.4.II LOPJ, se ha de partir de la determinación del contraste entre la situación que el fenómeno de la responsabilidad patrimonial concurrente entre Administración y particulares presentaba con anterioridad a la L.O. 6/1998, de 13 de julio, y la situación en la que se encuentra en el momento presente desde el punto de la vista del orden jurisdiccional competente en cada caso.

Así:

A) Con anterioridad a la L.O. 6/1998, si a la producción de un evento dañoso concurría una Administración Pública y un sujeto privado la reclamación procesal de la correspondiente responsabilidad patrimonial había de ser doble. El interesado, por un lado, podía dirigir su acción contra la Administración a través del “*recurso contencioso-administrativo*”, y por otro lado, e incluso simultáneamente, podía dirigir también una segunda acción de la misma naturaleza frente al sujeto privado a través de la deducción de una demanda civil, siendo, pues, evidente, que ni en el proceso administrativo la acción podía dirigirse contra el sujeto privado, además de contra la Administración, ni en el proceso civil podía dirigirse contra la Administración, además de contra el sujeto privado o particular (de todos es sabido, sin embargo, que el orden jurisdiccional civil se mostraba proclive en ocasiones a admitir la viabilidad en estos casos de un litisconsorcio pasivo entre sujeto privado y Administración Pública).

Dicha solución, como puede apreciarse, resultaba muy insatisfactoria, pues, amén de obligar al interesado a tener que promover dos diferentes cauces procesales (con los costes de todo tipo que ello conlleva), con esa duplicidad procedimental podía correrse el riesgo cierto de obtener pronunciamientos contradictorios en lo relativo, no ya a la responsabilidad misma, sino, fundamentalmente, en lo atinente a la existencia o magnitud del daño, a los hechos determinantes del mismo y a la relación de causalidad entre uno y otros. Y tampoco lo era la solución jurisprudencial de aceptar que el proceso civil fuese también demandada la Administración Pública, en tanto que ello era fuente de disparidades y contradicciones entre los órdenes civil y administrativo a la hora de afrontar el enjuiciamiento de un mismo fenómeno.

B) Con posterioridad a la L.O. 6/1998, sin embargo, las cosas están aún peor, pues a la novedad plasmada en el art. 9.4.II LOPJ no han acompañado otras previsiones normativas en orden a resolver los muchos problemas que la puesta en práctica de la misma genera. Y es que, de la dicción literal del mencionado precepto, puede desprenderse, a nuestro juicio con total claridad, que en el momento presente, y salvo que el interesado dañado decida voluntariamente no demandar a la Administración sino tan sólo al particular que con la misma haya concurrido a la producción del daño, la única vía jurisdiccional adecuada para enjuiciar tal reclamación patrimonial es la del “*recurso contencioso-administrativo*” ante el orden jurisdiccional del mismo nombre, donde, por vez primera se va a demandar, en pie de igualdad con la Administración, a un sujeto privado.

En efecto, de la utilización en la norma del tiempo verbal imperativo (“...*el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*”), cabe inferir que:

1º) Si el interesado demanda a la Administración y al sujeto privado, ambas acciones deberá ejercitarlas acumuladamente a través del “*recurso contencioso-administrativo*”, sin que entonces el proceso civil y el orden jurisdiccional del mismo nombre tengan intervención o competencia de ninguna clase.

2º) Si el interesado quiere demandar únicamente a la Administración, deberá entonces acudir igualmente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, pero en este caso, ni simultáneamente ni, lo que es más importante, con posterioridad, podrá ya acudir al proceso civil para demandar al sujeto privado por la responsabilidad en que el mismo haya incurrido en el evento dañoso, ya que con ello se infringiría el antes referido mandato imperativo del art. 9.4.II LOPJ, el cual, en caso de que se quiera demandar también al sujeto privado, obliga al actor a deducir ambas pretensiones acumuladamente en el seno de un mismo proceso administrativo.

En suma, si el interesado se ha propuesto demandar a la Administración, o acciona al mismo tiempo y por los mismos cauces contra los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño, o ya no podrá accionar en ningún caso contra éstos, ni en otro proceso administrativo (que, por supuesto, sigue permaneciendo cerrado a las actuaciones de origen exclusivamente privado), ni tampoco, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, en un proceso civil.

3º) Por último, si el interesado pretende demandar únicamente a los sujetos privados, renunciando así a dirigir acción alguna de reclamación patrimonial frente a la Administración que haya concurrido a la producción del daño, es evidente que la única vía procesal adecuada para deducir su pretensión será la del proceso civil que corresponda por razón de la cuantía, sin que esta vía pueda entenderse cerrada u obstaculizada en modo alguno por la previsión del art. 9.4.II LOPJ.

En este sentido, bastará con que se interponga la oportuna demanda civil, para que se entienda renunciada, *ope legis*, la posible acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración, sin que la misma pueda ser ya ejercitada en el futuro..

C) La novedad de la norma puede resumirse, por tanto, en el siguiente enunciado: a diferencia de lo que sucedía en la situación anterior a la reforma de la LOPJ, si se pretende ejercitar frente a la Administración una acción de responsabilidad patrimonial, una de dos, o se acumula a la misma la acción frente a los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño, o esta última acción ya no podrá ser nunca ejercitada (por haberse renunciado a la misma de manera tácita), ni simultánea ni posteriormente, en ningún otro proceso civil o administrativo.

En consecuencia:

1º) El Juez civil ante quien se interponga una acción de responsabilidad patrimonial frente a un sujeto privado deberá rechazar de inmediato la pretensión del actor, inadmitiéndola por falta de jurisdicción o directamente por aplicación del art. 9.4.II LOPJ, en cuanto le conste (lo que sucederá normalmente a instancias del demandado) que se encuentra pendiente un proceso administrativo fundado en el mismo evento dañoso y en donde se haya ejercitado la misma acción de responsabilidad patrimonial dirigida esta vez contra la Administración.

En tal caso, si se ha interpuesto ya la demanda en el proceso administrativo, supuesto en el que cual habrá precluido la posibilidad de que el actor acumule ambas acciones en dicho proceso, el rechazo de la pretensión ejercitada en el proceso civil comportará la imposibilidad de que la misma pueda ser deducida de nuevo. Si no fuera así, a nuestro juicio aún sería teóricamente posible

que el actor, una vez declarado concluso el proceso civil por esta causa, pudiese acumular su acción contra los sujetos privados en el proceso administrativo pendiente.

2º) En cambio, el Juez administrativo ante quien se haga constar que se haya pendiente un proceso civil donde se ejercita una reclamación patrimonial frente a un sujeto privado para resarcir el mismo evento dañoso que es objeto en el proceso administrativo dirigido contra la Administración, no parece que deba adoptar decisión alguna al respecto. Siendo del orden jurisdiccional administrativo la competencia genérica para conocer de estas clase de acciones contra la Administración (art. 9.4.I LOPJ), el que la persona dañada, infringiendo el tenor del art. 9.4.II LOPJ, decida, además de ejercitar su acción por medio del “recurso contencioso-administrativo”, interponer también un proceso civil frente al sujeto privado concurrente con la anterior a la producción del daño, es únicamente un problema de dichos sujetos privados y del Juez civil, sin que la Administración ni el Juez administrativo queden afectados en modo alguno por la toma de dicha decisión

3) La clase de litisconsorcio pasivo que genera el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial *ex* art. 9.4.II de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si de lo que llevamos dicho hasta ahora hay algo que se manifiesta con evidencia es que el nuevo “*demandado privado*” que haya concurrido a la producción del daño origen de la reclamación de responsabilidad patrimonial conforma, junto con la Administración, un litisconsorcio pasivo, es decir, un fenómeno de pluralidad de partes principales en el lado pasivo de la relación jurídica procesal.

A) Dicho litisconsorcio, sin embargo, no es exactamente igual que el que conforma la Administración con los clásicos codemandados titulares de derechos derivados de la actuación administrativa cuestionada, los cuales, si son verdaderamente partes principales en el proceso ello no se debe, como ya se sabe, a que sus derechos materiales sean idénticos a los de la Administración, sino a la indefensión que podían padecer si se resolviese la contienda sin haberles dado la oportunidad de ser oídos.

En cambio, en el caso del art. 9.4.II LEC, tanto la Administración demandada como el sujeto privado demandado sí tienen empeñados los mismos derechos subjetivos, a saber: los derechos patrimoniales comprometidos por la reclamación de responsabilidad dirigida contra ellos conjuntamente.

B) Sobre la naturaleza del litisconsorcio que conforman la Administración demandada y el sujeto privado concurrente a la producción del daño no parece que deba haber ninguna duda acerca de su *carácter puramente voluntario*.

Es evidente, en primer término, que el mismo no puede obedecer a los patrones del litisconsorcio necesario, el cual se fundamenta en razones de índole material que hacen inviable emitir un pronunciamiento judicial sobre el fondo de un conflicto sin que en él intervengan todos los titulares del derecho material discutido. En nuestro caso, sin embargo, si se impide que las acciones de responsabilidad patrimonial contra Administración y contra sujeto privado puedan ser ejercitadas separadamente no es, desde luego, por razones de derecho material, sino por salvaguardar la exclusividad del orden jurisdiccional administrativo en todos los casos en que se promueva una acción de este tipo contra la Administración; el que las acciones, desde un plano teórico, pueden ser perfectamente ejercitadas de manera separada lo demuestra el hecho de que, con anterioridad a la L.O. 6/1998, esa era precisamente la solución que regía en nuestro Derecho.

Además, sostener que tal litisconsorcio es de carácter necesario supondría, por ejemplo, la total imposibilidad de que la víctima del daño pudiese renunciar a dirigir la acción contra la Administración, decantándose únicamente por interponerla contra el sujeto privado que haya concurrido a la producción del daño, y viceversa. Y esta posibilidad, tratándose de derechos civiles puramente patrimoniales y, por tanto, de la libre disposición del interesado, difícilmente puede ser cuestionada con rigor.

Es claro, en consecuencia, que el litisconsorcio que se forma con la puesta en práctica de la previsión del art. 9.4.II LOPJ es de carácter voluntario. Lo que igualmente evidencia que el imperativo “*deducirá*” que emplea la norma no se refiere a una supuesta obligación de ejercitar conjuntamente de ambas acciones (cuyo ejercicio independiente, demandando únicamente al particular, o demandando únicamente a la Administración, resulta perfectamente posible), sino a la Jurisdicción competente (si el interesado pretende ejercitar ambas acciones, entonces tendrá que deducirlas imperativamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Siendo voluntario dicho litisconsorcio, por otro lado, no puede sino concluirse en que, aunque existan sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño, la relación jurídica procesal se encontrará regularmente constituida aunque el actor demande única y exclusivamente a la Administración, sin que, en tal caso, ni el Juez de oficio, ni la propia Administración demandada, puedan apreciar o alegar defecto alguno en la constitución de los elementos subjetivos de dicha relación jurídica, ni, por ende, provocar la llamada al proceso de dichos sujetos privados no demandados.

Además, no cabe advertir en esta situación que la Administración experimente menoscabo alguno de su derecho de defensa por el simple hecho de que, junto a

ella, no se encuentren como litisconsortes demandados los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño. Dicha Administración, de entrada, sólo responderá de la parte de responsabilidad que a la misma le corresponda, e incluso podrá elaborar su estrategia defensiva en torno a la culpa exclusiva en el evento dañoso del sujeto privado no demandado, el cual, por otro lado, ni podrá ser condenado por no haber sido demandado en el proceso administrativo, ni tampoco podrá serlo en el futuro porque, como antes se dijo, el ejercicio aislado de la acción de responsabilidad únicamente contra la Administración hace que, por imperativo del art. 9.4.II LOPJ, deba entenderse tácitamente renunciada la posible acción dirigida contra el sujeto privado por el mismo resultado dañoso.

#### 4) La dinámica procesal en los casos del art. 9.4.II LOPJ.

Hasta aquí, quizás, hayamos podido establecer o aventurar una serie de reglas o principios generales más o menos sólidos en torno al ámbito de aplicación, al ejercicio conjunto y aislado de las acciones de responsabilidad patrimonial, y a la clase de litisconsorcio que se conforma en los casos en que de un determinado evento dañoso pueden ser corresponsables una Administración Pública y un sujeto privado.

Pero, de ahí a poder establecer más reglas o principios, en torno ya a las soluciones que han de darse a los problemas que puedan surgir en el desarrollo de un proceso administrativo donde se ejerciten simultáneamente ambas acciones, dista un abismo. Y ello porque las repercusiones prácticas susceptibles de provocar la intervención procesal de la Administración en pie de igualdad con otros sujetos privados, que no tienen por qué defender las mismas pretensiones, ni aducir los mismos motivos de oposición a la pretensión actora que la Administración code mandada, ni depender del criterio de ésta para provocar una crisis procesal a través de algún acto de disposición de la pretensión, sólo podrán evidenciarse en su justa medida cuando la mencionada previsión se sustancie de hecho, caso por caso, ante nuestros Tribunales de Justicia.

En definitiva, mientras que la actuación de los tradicionales codemandados podía ser aventurada de algún modo, al encontrarse los mismos *en el mismo barco* que la Administración demandada, poseer ambos una *estrategia de navegación* de contenido común o análogo, y tener todos ellos como horizonte último el mantenimiento de la actuación o disposición impugnada, la actuación de estos novedosos demandados privados, por el contrario, puede discurrir por derroteros muy distintos a los inicialmente previstos por la Administración codemandada, que pueden

ser perfectamente contradictorios con los de ésta (vgr., pueden negarse los hechos supuestamente lesivos, pueden reconocerse los hechos negando la responsabilidad, pueden negarse ambas cosas o, por qué no, pueden admitirse hechos y responsabilidad, centrando la defensa en la amonización de la cuantía indemnizatoria reclamada, etc...).

Junto a dicha problemática general, otros interrogantes quedan sin respuesta en la LJCA. A saber:

\* ¿Qué ocurrirá si la Administración se allana a la pretensión indemnizatoria y no lo hacen los demandados privados?; ¿seguirá el proceso para ellos, siendo entonces su único objeto el enjuiciamiento de una pura responsabilidad de Derecho privado?.

\* ¿Qué efectos producirá en la posición jurídica de la Administración los efectos probatorios plenos que hayan de darse a la confesión del sujeto privado demandado, dado que en el relato de hechos probados de la sentencia no pueden darse enunciados contradictorios entre sí?.

\* ¿Qué sucederá si, mientras el reclamante procede al agotamiento del procedimiento administrativo previo (en el cual, como parece evidente, no se debe reclamar todavía contra el sujeto privado), vence el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968 del Código Civil para reclamar la responsabilidad extracontractual de los sujetos privados?; ¿se entenderá que la iniciación del procedimiento administrativo provoca una interrupción del referido plazo de prescripción, incluso aunque la reclamación no se haya dirigido inicialmente frente a las personas privadas que hayan concurrido a la producción del daño?.

\* ¿Cómo podrá compensarse la pérdida de las garantías de impugnación que experimentan los demandados privados por el hecho de tener que ser demandados en el proceso administrativo, donde el régimen de admisibilidad de los recursos de apelación y casación es extraordinariamente más restringido que en el proceso civil, cauce en el que, por lo demás, aquéllos tendrían que haber sido demandados de no haber intermediado una actividad administrativa causante del daño?.

\* ¿Y si sólo recurre uno de los demandados principales, mientras que el otro consiente con el pronunciamiento de instancia, habrá efecto extensivo al mismo si triunfa dicha impugnación?...

Y así, tirando del hilo de la imaginación, a buen seguro que podrán ponerse sobre la mesa un elenco numeroso de cuestiones problemáticas que, desde luego, no encuentran ningún tipo de solución expresa en el Derecho positivo, y que, por tanto, determinarán que sea en el alero de los tribunales donde, día y día y caso a caso, se otorguen soluciones, quizás puntuales y con la justicia material por toda justificación, a los indicados problemas.

# LA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA REGLAMENTARIA REGULADORA DE LA EXTRACCIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS. EN PARTICULAR, LOS NUEVOS CRITERIOS DIAGNÓSTICOS DE LA MUERTE<sup>46</sup>

VÍCTOR ANGOITIA GOROSTIAGA

*Profesor titular de derecho civil  
Universidad del País Vasco*

## 0.- PREVIO

La normativa reguladora de la extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos en nuestro Ordenamiento ha sido objeto en los últimos tiempos de una relevante reforma, con la entrada en vigor del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, y del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

De ese modo, sigue vigente en su integridad la Ley 30/1979, de 27 de octubre, por la que se regulan la extracción y trasplante de órganos, vigencia que viene a corroborar el fundamental acierto de sus previsiones veinteañeras, al tiempo que se deroga el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, cuyos excesos e imperfecciones habían sido reiteradamente señalados.

En línea de principio, se trata de una reforma que se hace acreedora a un juicio favorable, tanto por lo que hace a la regulación específica de las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, como a la subsanación de los diversos errores sistemáticos de la norma reglamentaria anteriormente vigente. No obstante, el mayor peso de la reforma incorporada radica en el sustancial cambio en los criterios de diagnóstico y certificación de la muerte para la extracción de órganos de donantes fallecidos.

El desacierto con que el artículo 10 del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, desarrolló la previsión del artículo 5.1 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, ha que-

rido ser subsanado acogiendo, de un lado, que los fallecidos por parada cardiorrespiratoria también puedan ser donantes de órganos en determinadas circunstancias, y modificando radicalmente, de otro, los criterios diagnósticos de muerte encefálica.

En relación con tan abierta modificación de los criterios anteriormente vigentes, no es el jurista el llamado a pronunciarse sobre el mayor acierto o desacierto de unos u otros criterios, dada su presumible ignorancia de la entidad y alcance de los mismos. Doctores tiene la Iglesia... Pero, ciertamente, tampoco puede dejar de sorprenderse de que hoy ya no sea necesario lo que hasta ayer era ineludible; del fundamental protagonismo que cobra el criterio médico; del carácter de mera recomendación de varias de las previsiones del Anexo I del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, etc.

Todo ello lleva al lego en la materia a una percepción de inseguridad o arbitrariedad impropias de la norma jurídica. Con ello, no me pronuncio en contra de los criterios diagnósticos de muerte encefálica ahora adoptados, que, hasta donde mi conocimiento alcanza, son manifiestamente más adecuados que los contenidos en el artículo 10 del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero.

Pero es su formulación protocolizada; la apelación a su actualización según el avance de los conocimientos científico-técnicos en la materia; la indeterminación de los períodos de observación y de las pruebas instrumentales de soporte diagnóstico, etc., lo que, resultando posiblemente más acertado desde el punto de vista médico-neurológico, no encaja en los moldes habituales de la norma jurídica.

<sup>46</sup> Texto de la ponencia presentada por el autor en el IX Congreso Derecho y Salud, "Cambios en el derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?", celebrado en Sevilla, del 15 al 17 de noviembre de 2000.