

La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los *standards* de conducta previstos por la ley

SUMARIO: I. SENTIDO DE LAS NOCIONES JURIDICAS DE ACTIVIDAD E INACTIVIDAD: A) Conducta y acto, como claves de comprensión del problema; B) Dogmas y principios jurídicos generales. II. LA OMISION DE LA CONDUCTA DEBIDA Y SUS GONSECUENCIAS, EN SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS POR LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO: A) Hipótesis de no ejercicio de facultades dominicales; B) El incumplimiento de los *standards* de conducta que impone el contrato; C) Incumplimiento de deberes jurídicos impuestos sin la contrapartida de una facultad de exigencia.

I. SENTIDO DE LAS NOCIONES JURIDICAS DE ACTIVIDAD E INACTIVIDAD

A) CONDUCTA Y ACTO, COMO CLAVES DE COMPRENSIÓN DEL PROBLEMA

Si se contempla, en la perspectiva que proporciona su evolución, la ciencia jurídica contemporánea, la que arranca de los comienzos del siglo XIX tras la incidencia del iluminismo, se concluye que los esfuerzos de síntesis, los planteamientos generales, tienden a la elaboración de un sistema; la clave del mismo, el sujeto en cuanto portador de una voluntad que ha de hacer valer frente a los demás sujetos. De aquí que el centro de gravedad de la trama jurídica tiende a colocarse sobre uno de estos dos pivotes: 1) el concepto de *acto jurídico*: se le concibe como una declaración de voluntad realizada por el sujeto y protegida por el Derecho positivo: el acto y negocio jurídico constituirán la expre-

sión de la autonomía de los sujetos y la autonomía viene concebida como la fuente de energía capaz de poner en movimiento la realidad jurídica; 2) el concepto de *relación jurídica*; a partir de un instante determinado, la sistematización del Derecho positivo se realiza sobre el concepto de relación jurídica, siendo entonces lo trascendente la proyección de la autonomía de la persona sobre otro sujeto. En este planteamiento, todo aquello que no constituya la voluntad que se declara, las voluntades que entre sí se traban en el negocio o relación jurídica, constituyen para el Derecho un *indiferente jurídico*. El Derecho no se pronuncia, en principio, ni confiere valor, a la conducta personal que no produce algún tipo de efecto sobre otro sujeto; por eso se afirma la *alteridad* como nota típica de lo jurídico. Ahora bien, esa alteridad tiene trascendencia para el Derecho positivo en cuanto viene sustantivada sobre la voluntad de cada sujeto.

Resulta constatable, sin embargo, que el propio Derecho positivo acaba desmintiendo, de algún modo, estos esquemas conceptuales, en lo que tienen de pretensión de absorber la totalidad de problemas que se presentan al jurista. En el Derecho Privado, la clásica trilogía *hecho-acto-negocio jurídicos* no permite incardinar la totalidad de fenómenos a contemplar. Cuando el Derecho positivo atiende a regular las relaciones entre los sujetos, lo que prevé, tipifica e impone, en su caso, es un comportamiento, una conducta. Como señala DíEZ-PICAZO, refiriéndose al contrato, en el mismo ambas partes están, ante todo, formulando una previsión sobre la conducta que van a observar entre sí en sus recíprocas relaciones: «el contenido del contrato consiste, pues, en una o varias reglas de conducta» (*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, págs. 228-229). Un planteamiento semejante se observa en otras situaciones jurídicas tan comunes, por ejemplo, como las que alberga el derecho de propiedad: al propietario se le reconoce, otorga o impone un haz de posibilidades de hacer, quizá uno o varios comportamientos; en ocasiones, la expropiación pone punto final a una titularidad cuyo ejercicio no ha cumplido un *standard* de conducta previsto por el Derecho positivo. Los deberes jurídicos tienen, normalmente, como contenido un comportamiento a cargo del sujeto, previamente tipificado —con estructura abierta o cerrada— por la regla de Derecho que lo impone. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones jurídicas propias del Derecho de Familia. En el Derecho Privado, pues, tiene trascendencia la consideración, tanto de la actividad —encarnada en diversos comportamientos objeto de tipificación social y jurídica— como de los actos jurídicos en que va decantando, aunque tan sólo parcialmente.

El Derecho Administrativo presenta, en su evolución, una característica dicotomía, en el intento de delimitar su ámbito frente al Derecho Privado. Por una parte, una línea de pensamiento, que cobra ex-

presión en los orígenes contemporáneos, apunta a situar el criterio delimitador en la noción de función; se distinguen tres funciones a cargo del Estado, y el problema reside en deslindar la función administrativa de las otras dos. En determinados aspectos y momentos de la evolución, a ese deslinde se une otro: el que ha de trazar la frontera entre las funciones que la Administración ha de asumir y las que quedan a la iniciativa de los particulares. Así, por ejemplo, en materia económica o de educación. Ahora bien, cuando del problema del deslinde se pasa a la definición sustancial, el esfuerzo conceptual se acaba diluyendo y no presenta incidencia considerable para el planteamiento del propio Derecho Administrativo. La construcción teórica se orienta, por el contrario, consciente o inconscientemente, hacia el mismo centro de gravedad en que se ha situado la teoría general del Derecho; el acto y la relación jurídica. En nuestro caso, además, este enfoque permite atender prioritariamente la gran preocupación: las garantías del ciudadano frente al poder en el marco de su vida cotidiana, el análisis de la actividad administrativa queda doblemente circunscrito: 1) a las declaraciones de voluntad de la Administración, plasmadas en el acto y el contrato. Del cada vez más amplio entorno creado por la actividad administrativa, se aíslan solamente aquellas declaraciones, considerando todo lo demás como la actividad *técnica* de la Administración. El sistema de garantías se centra en la actividad *jurídica*, el acto, y a la revisión del mismo se ciñe la jurisdicción contencioso-administrativa. La teoría del silencio cubre el hueco que se aprecia en el esquema proporcionando al justiciable un medio de reacción —presunción de denegación de una pretensión— en la hipótesis de que no se produzca la declaración de voluntad administrativa. A lo sumo, junto a la técnica del silencio se ha colocado la teoría del acto *tácito*, también interpretativa de la omisión de una obligada declaración de voluntad: «... a través de actuaciones que, sin resolución expresa, muestran con evidencia el rechazo o admisión de la cuestión sometida a conocimiento del órgano administrativo que debe resolverse» (Sentencia de 15 de septiembre de 1981). La organización y gestión material de los servicios públicos queda, en bloque, fuera de consideración; podrá, en todo caso, cobrar un relieve jurídico como presupuesto de hecho para una acción de responsabilidad cuando un particular haya sido lesionado en sus bienes y derechos. 2) Además, la indispensable presencia de la nota de la *alteridad* cierra aún más el círculo de problemas: las declaraciones de voluntad de la Administración cobran relieve para el jurista sólo cuando producen una incidencia, un impacto, sobre la esfera jurídica de otro u otros sujetos determinados; es decir, cuando se enmarcan en lo que, en términos más o menos amplios, constituya una *relación jurídica*. Ciertamente, son contadas las sistematizaciones expresas del Derecho Administrativo realizadas alrededor del concepto

de relación jurídica, que es, en general, poco utilizado. Pero la sensibilidad común otorga valoración jurídica al quehacer de la Administración desde la mencionada perspectiva de su alteridad concreta. La clave reside, a este respecto, en la distinción entre dos categorías de interés, desde el punto de vista de su protección jurídica. Cuando no ha quedado formalmente decantada la alteridad, trabada una concreta incidencia entre la Administración y otro concreto sujeto, las doctrinas dominantes en el Derecho Público han entendido que se estaba en presencia de intereses difusos, de intereses simples y, por ello, no tutelables mediante la pura defensa a cargo del perjudicado; su tutela se atribuiría siempre y en todo caso a la Administración Pública. Precisamente, toda posibilidad de defensa individual de estos intereses venía a radicar en la teoría del interés legítimo, esto es, de un interés determinado del que es portador un singular sujeto del ordenamiento, como consecuencia de que en su esfera personal o patrimonial ha sido afectado de una manera singularizada, individualizada respecto a los demás sujetos del ordenamiento. Recuérdese también cómo la teoría de la indemnización en el Derecho Público va construida precisamente sobre la diferenciación entre el supuesto de hecho que afecta, en general, a todos los ciudadanos o a todos los que se encuentren en una determinada situación, y que por tanto no son indemnizables, como ocurre en las clásicas limitaciones al derecho de la propiedad, y la situación contraria en la que un titular de un derecho subjetivo determinado es afectado de una manera específica, y esa privación singular de una determinada utilidad de su derecho podría ser la base de una indemnización restitutoria, restableciendo el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. Pues bien, la protección de los intereses simples queda en el Derecho Público de nuestro tiempo atribuida a la Administración Pública. En la medida en que ésta es la gestora de los intereses generales, lo es también de los que son comunes a todos y, por tanto, ha sido ella la que asumiría, sin interferencia de ningún otro sujeto, la defensa de los que son comunes a todos. Recuérdese que la construcción del Derecho Administrativo reposa aquí sobre la análoga que se observaba en el Derecho Penal: es el propio Estado, a través de algunos de sus órganos específicos, el que asume la defensa de la sociedad frente a las conductas socialmente reprobables y tipificadas en el Código Penal. Es también el Estado, a través de los órganos que constituyen su Administración Pública, el que en exclusiva velaría sobre la protección de tales intereses.

Parece preciso ir situando toda la sensibilidad en la tarea de remontar la situación presente. Ciertamente, como ya señalara GIANNINI, la noción de *actividad* —que está en el punto de partida de la evolución contemporánea— acaba constituyendo una categoría empírica desde la que no se accede a un reducto jurídicamente acotado. Pero

la observación del Derecho positivo permite obtener la certidumbre de que la legalidad administrativa está apuntando reiteradamente a la tipificación de un haz de comportamientos que ha de asumir la Administración en cada ramo o sector, a fin de cubrir los fines de interés general. En cada caso, el ordenamiento dibuja y prevé una conducta debida. En esta previsión de un comportamiento reside, por otra parte, la clave de los ordenamientos estatutarios; a veces, como ocurre en las situaciones o *status* propios de Derecho Privado, la norma se apoya en criterios de vigencia social y a ellos se remite para completar la previsión: la conducta prevista encuentra su tipicidad en la realidad social limitándose el Derecho positivo a asegurar su realización, con dispositivos que supongan una garantía última frente a situaciones de anomalía. Por el contrario, el Derecho Administrativo, basta una ojeada a la legalidad sectorial, ha emprendido un proceso de tipificación exhaustiva de las conductas que la Administración ha de asumir. Un examen de conjunto de esa legalidad sectorial permite concluir que el análisis científico no puede seguir el camino demasiado angosto que se ha trazado en una época que puede ya calificarse de clásica, porque tiene todas las connotaciones —positivas y negativas— que a este calificativo le son propias. Como en las cestas de Danaides, a que se refería PLATÓN, la vida real y sus requerimientos se acaban escapando por las rendijas.

B) DOGMAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES

La gravitación hacia la conducta, el comportamiento de sujeto, puede ir proporcionando un enfoque de la realidad jurídico-administrativa que permita la valoración y ulterior reacción ante los supuestos de conducta de la Administración inhibitoria o inferior en contenido al *standard* trazado por la norma. Lo que resulta más urgente cuando se tienen en cuenta dos trazos peculiares, propios de la construcción de Derecho Administrativo: por una parte, la basculación hacia afirmaciones apodícticas, *dogmas*, para «no quitar sus fueros al interés general», como temía SILVELA; por otra, el enquistamiento de esos dogmas en determinados *privilegios* que protegen la conducta inhibitoria de la Administración. El primero de estos rasgos proporciona al Derecho Administrativo un avance a partir de una variada serie de paradigmas sobre la posición de predominio que ha de reconocerse a la Administración. Como esta rama del ordenamiento se construye a base de un dualismo radical —el Estado tiene la potestad, al súbdito corresponde la sujeción y, a *posteriori*, el uso de los medios de reacción— va decantando una paradoja singular: técnicamente, no se incorporan principios generales al ordenamiento administrativo, al no funcionar el

mecanismo de la *doctrina legal* (que permite a la jurisprudencia activarlos en el marco del Derecho Privado); sin embargo, su invocación es constante, frente a los vacíos de la norma y a su amparo se va dibujando paso a paso el elenco de privilegios de la Administración. Nadie puede en verdad explicarse, si no es recurriendo a este enfoque, que un particular quede inerte, por no haber recurrido en el breve plazo de quince días, incurriendo en una caducidad automática e inexorable la facultad de defensa de su derecho. Y esto, cuando el Derecho común otorga amplios plazos de ejercicio para las acciones procesales y los limita mediante el instituto de la prescripción —simple excepción que puede oponer el contrario— y no de la caducidad.

La paulatina introducción de auténticos principios jurídicos generales —que, frente a la rigidez del dogma, pueden flexionarse para proporcionar la justicia de cada caso— ha de ir permitiendo un contraste de las situaciones, y una solución justa para ellas, cuando la conducta inhibitoria de la Administración parezca amparada —directa o indirectamente— por el correspondiente privilegio. Desde luego, los efectos jurídicos que se deriven de dicha inactividad han de examinarse caso por caso. Resulta imprescindible en este punto una concepción y formulación *tópicas*; esto es, ir colocando, en primer lugar, el haz de problemas que la realidad jurídica proporciona sobre la incidencia de la inactividad de la Administración en las diferentes situaciones que se presentan. En el entorno de cada hipótesis podrán ser tenidos en cuenta factores que actúen y sean decisivos para la valoración y decisión de cada caso concreto; el encuentro entre el dogma, sacralizado por la norma, y el principio jurídico general ha de saldarse con lo que en cada caso constituya una solución justa.

El examen de algunas hipótesis puede mostrarnos el estado actual de la cuestión. En ellas puede observarse cómo el equilibrio de los intereses en juego o la protección de los mismos obliga al legislador y a la jurisprudencia a cubrir, con técnicas distintas a la del silencio, la conducta inhibitoria o deficiente de la Administración.

II. LA OMISION DE LA CONDUCTA DEBIDA Y SUS CONSECUENCIAS, EN SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS POR LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

A) HIPÓTESIS DE NO EJERCICIO DE FACULTADES DOMINICALES

Un primer y expresivo ejemplo de cuanto se acaba de afirmar lo constituye la discusión sobre el dominio público y la regla general de imprescriptibilidad. Como muestra GARCÍA DE ENTERRÍA en un memorable trabajo (*Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. Madrid, 1955), la tradición jurídica había engendrado una defen-

sa de los bienes demaniales a través de la exigencia de la posición centenaria o inmemorial. La formación de la moderna teoría del dominio público, sin embargo, establece como dogma la imprescriptibilidad, buscando como punto de apoyo la calificación de estos bienes como *res extra commercium*; la imprescriptibilidad estará entonces consagrada, a *contrario sensu*, en el artículo 1.936 del Código Civil, que determina que «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres».

La regla de la imprescriptibilidad se construye, así, con el perfil de un dogma que pretende cerrar el paso a todo discernimiento sobre la solución justa de cada caso, y acaba encubriendo una abdicación de la conducta debida, en cuanto *dominus*, de la Administración. Por ello, el análisis ha ido imponiendo imprescindibles distinciones. Existen, por otra parte, ámbitos de la demanialidad en que los bienes, en cuanto tales, no son ni siquiera susceptibles de apropiación, como ocurre en muchas de las *res communes omnia* hoy incardinadas en el dominio público. Otros, en cambio, pueden ser objeto de una «tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño» (Sentencia, entre otras, de 9 de marzo de 1983, de la Sala Primera), por los particulares; y es en ellos donde, mediante la doctrina de las desafectaciones tácitas, se acaba reconociendo la usucapión de dependencias demaniales.

Un segundo haz de problemas plantea el comportamiento pasivo de la Administración, en cuanto titular de bienes, si dicho comportamiento afecta negativamente a los particulares. En el Régimen Local, y con referencia a toda clase de bienes y derechos del Municipio, se ha consolidado la legitimación del vecino para ejercitar, por sustitución, las acciones defensivas necesarias.

El artículo 68 de la Ley de Régimen Local establece la obligación de las Entidades Locales de ejercitar las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. Caso de no hacerlo, confiere al vecino legitimación bastante para dicho ejercicio, por sí mismo pero «en nombre e interés de la Entidad Local». Dicha legitimación habrá de extenderse, en primer lugar, tanto a las impugnaciones previas en la vía administrativa, en su caso, como a las acciones procesales. La extensión al recurso administrativo previo hay que entenderla como una facultad inherente a la otorgada expresamente por la Ley, cuando la vía administrativa previa constituye un presupuesto procesal indispensable. Por lo que se refiere al ámbito de esta legitimación indirecta, el legislador lo describe con la expresión jurídica más amplia: la acción puede ser concerniente a los «bienes y derechos» de la Entidad. Tal definición del objeto permite incluir toda clase de acciones que puedan ejercitarse ante cualquier jurisdicción, sin que quepa limitarlas a las que tengan carácter o consecuencias de tipo patrimonial. La esfera

jurídica de las Corporaciones Locales incluye, en efecto, manifestaciones o intereses, objeto de protección y configurables jurídicamente como bienes, que traspasan la dimensión estrictamente económica; ellos también pueden ser objeto de pretensiones procesales a sostener por los vecinos.

La sustitución, propia de la teoría general del Derecho pero con una específica incidencia en el proceso, encuentra su criterio sustancial en el dato de que alguien, por específica habilitación de la Ley, actúa en nombre propio sobre una esfera jurídica ajena. A diferencia de lo que ocurre en la representación, el sustituto actúa en nombre propio y, desde luego, accionando en defensa de un propio interés que de algún modo le liga al sustituido. Este es nuestro caso y así lo califica la jurisprudencia. La sentencia de 26 de abril de 1966 lo separa del de acción popular:

«tal facultad de los vecinos no constituye una verdadera acción popular o pública, sino una sustitución procesal, por virtud de la cual dichos vecinos solamente podrán hacer valer las pretensiones que podría hacer valer el propio Ayuntamiento, y con los mismos supuestos, plazos y condiciones que a peste se exigiría, más las que deben cumplir los vecinos que le sustituyen».

Insistiendo en este punto, la sentencia de 27 de diciembre de 1974 se refiere a ésta como una sustitución

«que atribuye una legitimación indirecta para la defensa no de un interés particular sino colectivo o general en cuanto municipal...».

Legitimación indirecta, pues, para la defensa del interés público comunal. Interés público del que participa, evidentemente, el vecino. Si bien la relación jurídica material sobre la que gira el proceso le es, en realidad, ajena, es claro que, en la medida en que se trata de un miembro de dicha Entidad, la pasividad de la misma repercutirá desfavorablemente sobre su propia condición vecinal. Se sustantiva entonces, en base al propio interés como vecino, el presupuesto para la atribución de la legitimación procesal. La presencia de ese interés propio diferencia este supuesto del de representación, como ocurre en otros catalogados como sustitución (arts. 507, 1.111 y 1.869 del Código Civil, entre otros). Y también del de acción popular o pública, en el que la legitimación queda cifrada en el simple interés en el mantenimiento de la legalidad, como ocurre con la urbanística.

La titularidad de la situación procesal se atribuye, desde luego, al accionante. Ahora bien, el problema reside en si la Entidad sigue disponiendo de la relación jurídica objeto del pleito, y puede ejercer las

facultades que la misma le atribuye. La respuesta afirmativa tiene que tener, necesariamente, su límite: si se trata de facultades de carácter dispositivo, cuyo ejercicio suponga riesgo o perjuicio para la acción del sustituto, hay que entender que el sustituido carece de legitimación para ello. Por lo demás, y teniendo en cuenta otras hipótesis de sustitución que recoge el Derecho positivo (usufructuario, acreedor pignoraticio, acreedor en las acciones que otorga el art. 1.111 del Código Civil...), cabe señalar que esta técnica no impide la propia presencia en el pleito de la Entidad, si decide poner fin a su inhibición; pero esta presencia, en la posición procesal en cada caso idónea, no merma la posición de parte y las facultades que en cuanto tal le corresponden al vecino: éste ha trabado la relación procesal legitimado por un interés propio, eco o reflejo de los intereses generales de que es portador el Municipio pero concreción diferenciada de los mismos. Y ese interés propio es el que le sostiene hasta el final en su posición procesal.

Existe, no obstante, un segundo supuesto en el que la jurisprudencia ha reconocido una legitimación directa al vecino y, en general, al usuario. Se trata, sobre todo, de bienes en los que se ha consolidado un uso público por la actuación continuada de la colectividad en el marco de la propiedad privada, como ocurre, sobre todo, en caminos y otras vías pública. Ya la *sentencia de 11 de abril de 1898* declara que

«los particulares pueden pretender de los Tribunales la declaración de ser un terreno de uso público al efecto de ejercitar en él los derechos civiles que les competen».

Ello aparte, la base de una defensa expeditiva del uso estriba en el reconocimiento de los usuarios de la posesión del derecho a la utilización individual. La *sentencia de 7 de octubre de 1982*, de la Sala Primera, ante un pleito promovido por particulares frente a otro que ha ocupado un camino público, así lo reconoce:

«igual suerte desestimatoria que el precedente, debe correr el motivo segundo, donde... se denuncia violación por inaplicación del artículo 437 en relación con los artículos 339, párrafo 1.º, y 342 CC alegando que si el bien discutido (de acuerdo con lo que dice la sentencia impugnada) es un camino público, no puede ser susceptible de apropiación y por tanto de posesión por parte de los demandantes y hoy recurridos... sin que en ningún momento alegasen pretensión alguna de apropiación, antes al contrario con la única finalidad de poseer un derecho, susceptible de posibilidad apropiativa a los efectos del artículo 437 CC ejercitándolo sobre el tantas veces mencionado camino».

La sentencia, pues, delimita con exactitud el ámbito posesorio: lo que se posee no es el bien objetivo del uso público, sino el derecho a

la utilización individual. En todo caso, el *ius possidendi* del bien se reconocería en favor de la Administración pública. En base a la posesión del derecho al uso, cabría la acción interdital de retener o de recobrar: y, desde luego, la defensa del mismo en el correspondiente juicio civil ordinario.

B) EL INCUMPLIMIENTO DE LOS «STANDARDS» DE CONDUCTA QUE IMPONE EL CONTRATO

1. *Abdicación de comportamiento acordado: la posibilidad de alegación, por el contratista, de la exceptio non adimpleti contractus*

La reciprocidad, en el seno del contrato, lleva al Derecho Privado a una serie de conclusiones que recoge el Código Civil. Una de ellas, fundamental, es la de dejar en situación de mutua interdependencia la prestación a cargo de cada parte. Así lo expresa el artículo 1.124, en términos que reitera, por ejemplo, la sentencia de 22 de marzo de 1950: el propio incumplimiento no encuentra amparo jurídico más que cuando la otra parte tampoco ha cumplido. Sin embargo, en el contrato administrativo la Administración aparece investida del privilegio que rompe el equilibrio trazado por el Derecho Privado. En principio, el contratista ha de desarrollar sus trabajos «con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas» y, desde luego, en los plazos general y parcial convenidos (arts. 130, 137, 217 y 261, entre otros, del Reglamento General de Contratos del Estado). No puede oponer el incumplimiento de la Administración; la demora en el pago sólo genera en su favor el derecho al interés legal, bien desde que intime dicho pago o desde que se le debe, según la oscilación jurisprudencial. Solamente en un supuesto parece entrar en juego la regla de liberación del contratista ante el incumplimiento de la Administración: «si por culpa o negligencia de la Administración se demorare la comprobación del replanteo y, requerida aquélla fehacientemente por el contratista, no se llevara a efecto dentro del mes siguiente al requerimiento, el contratista tendrá derecho, que deberá ejercitar precisamente dentro de los treinta días siguientes a la expiración de este plazo, a que la Administración le indemnice con un 2 por 100 del precio de la adjudicación, quedando con ello ipso iure resuelto el contrato...».

Salvando esta hipótesis, las demás quedan cubiertas por la situación de privilegio de la Administración contratante; y será ella la que decida, ante sus reiterados impagos, la extinción de vínculo contractual. Si bien luego su resolución puede ser objeto de control jurisdiccional, hasta que este control llegue sigue siendo *dueña* del vínculo. La sentencia de 17 de mayo de 1973 (SAINZ MORENO: «La *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa». *Civitas*, 16,

1978) recoge otro supuesto en el que quiebra la inexcusabilidad de cumplimiento, por el contratista, de la prestación convenida; pero se trataba de un contrato de obra cuyo proyecto —definidor, por tanto, de la prestación del contratista— era irrealizable sobre el terreno designado. La prestación era, pues, de imposible cumplimiento. Como ha señalado SAINZ MORENO, solo el juego continuado del principio de buena fe puede llevar a la corrección de situaciones de desequilibrio que, pudiendo tener cabida en la letra de la norma, no la tienen, desde luego, en su espíritu y finalidad. La abdicación, por la Administración, de la conducta convenida no puede encontrar amparo jurídico en el privilegio que excepciona la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil.

2. La mora en el pago del precio y en la recepción de las obras

El problema de la mora en el pago del precio (VILLAR PALASÍ: «El pago de intereses de demora en los contratos administrativos», *Estudios de Derecho Administrativo. Libro jubilar del Consejo de Estado*. Madrid, 1972, págs. 129-173) ha sido objeto de una curiosa evolución. Durante largo tiempo, la jurisprudencia sostuvo que otro argumento fue el de la tradición —es privilegio del Fisco el no bajar intereses— que la Administración no es responsable del pago de intereses si se demora en el abono del precio; después, fue sólo en los casos en que una norma especial así se estableciese. La consagración del sistema general de responsabilidades de la Administración en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, supondría una alteración profunda de planteamiento tradicional, y la consagración legal de la obligación administrativa de pagar los intereses de demora. Paulatinamente, sin embargo, la jurisprudencia ha avanzado hacia el reconocimiento de una obligación más amplia: la de resarcir al contratista de todos los quebrantos que se deriven de la mora de la Administración. Es significativa, a este respecto, la *sentencia de 11 de noviembre de 1965*, en la que se condena a la Administración a indemnizar la totalidad del perjuicio sufrido, y no simplemente al pago de interés legal del precio demorado. Idéntica doctrina se encuentra en la *de 17 de junio de 1967*, abriéndose paso una solución de reparación integral de los daños causados; es éste —la demora en el pago del precio— uno de los temas peor resueltos por la práctica contractual de la Administración española.

Por lo que hace a la recepción, convendrá señalar la importancia que tiene desde el punto de vista de la liberación de contratista de sus deberes de ejecución y conservación y custodia de las obras. Y, sin embargo, no existe una regulación satisfactoria de la *mora accipiendi* o re-

traso del acreedor de la prestación de la realización de las actuaciones precisas para hacerla suya. El Código Civil sólo alude de modo accidental al problema en los artículos 1.589 y 1.590 a la mora de comitente en la aceptación de la obra; y, por lo que hace al ordenamiento administrativo, la carencia de normas se ha ido supliendo a través de una evolución tendente a decantar en las siguientes conclusiones:

1.º *Aplicación de la doctrina de los actos tácitos en materia de recepción de obras.* En el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de julio de 1969 (expediente núm. 36499), frente a un supuesto en que la Administración no realizó formalmente los actos de recepción, pero sí se hizo cargo materialmente de las obras una vez concluidas, señala que pese a ello,

«dicha recepción tuvo ciertamente lugar al inaugurarse las instalaciones y que los edificios fueron utilizados y lo siguió siendo a partir de aquella época».

2.º *Cómputo de la fecha en que se estime materialmente producida la recepción* (o en que el contratista instase a la Administración para que la reciba), a los efectos de que corra el plazo de garantía y se extingan los deberes de custodia y conservación de las obras que pesan sobre el contratista. En este sentido, la *sentencia de 26 de marzo de 1969*, que rechaza por extemporánea una reclamación de la Administración al contratista a base de calcular la fecha en que debió llevarse a cabo la recepción definitiva de las obras.

3. *Reforma o adición del proyecto, adoptadas con omisión de los requisitos de competencia y procedimiento*

La modificación o adición, en el proyecto de obras que determina la prestación del contratista, ha generado igualmente una problemática peculiar, en la medida en que se ha de resolver justamente frente a conductas irregulares de la Administración que no pueden encontrar amparo jurídico en su reconocida posición de privilegio. Ya, de entrada, resulta chocante que se considere prerrogativa lo que realmente no lo es; con el denominado *ius variandi* de la Administración habría que realizar un análisis semejante al que en 1950 (*Revista de Administración Pública*, núm. 2) realizara GARCÍA DE ENTERRÍA sobre las temáticas de riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo de obra. Aunque sea en términos esquemáticos, hay que plantearse el contraste, en este punto, entre el Derecho Civil y el Administrativo. El primero (art. 1.593 CC) no pone límites a la facultad del *dominus* para que realice «algún cambio en el plano» o proyecto de obra; la cues-

ción, además, queda situada en el marco de la novación de obligaciones (arts. 1.203 y ss.) y llevará consigo la correlativa modificación del precio. Así lo señala, una y otra vez, la jurisprudencia civil. En el contrato de obra que regula el Derecho Administrativo, sin embargo: 1.º ya de entrada se establece que «una vez perfeccionado el contrato de Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establece la presente legislación» (Art. 146 del Reglamento de Contratos del Estado); 2.º la prerrogativa no radica, pues, en la *potestas variandi* en sí misma considerada, sino en que pueda imponerla unilateralmente al contratista dentro de ciertos límites (alteración sustancial del proyecto, o que represente una variante cuantitativa superior al 20 por 100: artículo 157 del mismo Reglamento); 3.º el legislador orienta la contrapartida de la modificación no como una novación, sino como una hipótesis de responsabilidad de la Administración: «el ejercicio de esta prerrogativa llevará consigo la obligación, a cargo de la Administración, de indemnizar los daños y perjuicios originados al contratista en los términos establecidos en este Reglamento» (art. 146). En realidad, si el proyecto es objeto de *modificación cuantitativa*, es el precio el que sigue jugando: se paga menos si se suprimen unidades de obra, se paga más si se añaden; y se introducen *unidades nuevas o se alteran las características*, o las partes se ponen de acuerdo con el precio, o el contratista «quedará exonerado» de su ejecución (art. 150). Parece, pues, en principio, que no hay demasiadas distancias entre el planteamiento civil de «algún cambio en el plano» con la novación consiguiente, el *ius variandi* administrativo.

El problema, en la realidad del contrato de obra, tiene sin embargo otra dimensión, en la que sí se hace presente la distinta posición del *dominus*, en el contrato civil, y la Administración, en el contrato que le es propio. El precepto civil, artículo 1.593 del Código, exige para la modificación, la autorización del propietario; y la jurisprudencia —por ejemplo, sentencia de 25 de noviembre de 1966— ha ido deslizando el requisito de modo que se entenderá tácitamente otorgada dicha autorización cuando se demuestre que el propietario ha conocido la realización de modificaciones y no se ha opuesto a ellas. La teoría de la autorización tácita choca, en el contrato administrativo, con el formalismo derivado de las normas relativas a competencia y cobertura presupuestaria. No obstante, la realidad mostraba a la jurisprudencia la necesidad imperiosa de invocar el principio jurídico general que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa; a la luz de ese principio impone a la Administración, en hipótesis claras, la aceptación de la mayor obra realizada o la modificación introducida en el proyecto, y el pago del incremento de precio correspondiente, cuando esta conducta inhibitoria, por parte del órgano competente, va acompañada, al menos, de un principio de prueba sobre la actitud de aquiescencia

de la propia Administración. No se ha llegado, desde luego, hasta la autorización tácita, pero sí a valorar con cobertura jurídica suficiente la conducta aprobatoria o las órdenes del director de las obras, aunque no se hayan observado los requisitos de competencia y procedimiento. La sentencia de 21 de noviembre de 1981 puede constituir un buen ejemplo.

«CDO.: Que frente a la declaración del artículo 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, que proclama que los contratos administrativos son inalterables a partir de su perfeccionamiento, y que deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas, los artículos 53 y 54 consagran el *"ius variandi"* o *poder de la Administración para unilateralmente modificar las prestaciones de los mismos; pero el ejercicio de esa potestad administrativa, como se deduce de los artículos citados y con reiteración tiene declarado esta Sala, tiene que ser realizado dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento que en ellos van implícitas, correspondiendo exclusivamente a la Corporación Municipal y no a su arquitecto, la competencia para ordenar las variaciones de la obra contratada que estime necesarias o convenientes por razón del interés público; competencia que la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, atribuye al Ayuntamiento Pleno, ap. d) del artículo 121, o a la Comisión Municipal Permanente, artículo 122, apartado b).*

CDO.: Que, *sin embargo, la moderna jurisprudencia de esta Sala ha introducido una interpretación flexibilizadora de los artículos 53 y 54 antes citados, declarando en sentencia de 15 de marzo de 1978 que, pese a la exigencia clara de que la potestad administrativa para modificar las prestaciones de un contrato tiene que ejercerse con sujeción de las normas de competencia y procedimiento y dentro de los límites objetivos en ellos explícitos, la aplicación del principio que veda un enriquecimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto que hubiesen sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar que si, efectivamente, fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad, sin perjuicio de las responsabilida-*

des de quien las hubiese emitido; doctrina jurisprudencial que se reitera en sentencia de 12 de febrero de 1979 y que resulta plenamente aplicable al supuesto aquí controvertido, en el que las modificaciones en las prestaciones del contrato celebrado tuvieron lugar como consecuencia de la orden dada al levantarse al acta de replanteo por el Arquitecto director de la obra, y por ende, emanada de quien al menos tenía facultades para que sus órdenes fueran acatadas por el contratista en la normal ejecución del contrato.

4. *Reconducciones tácitas y, en general, situaciones de prolongación en el tiempo de la eficacia de un vínculo contractual o de un acto*

Otra técnica de resolución de situaciones de conflicto, planteadas por la conducta inhibitoria de la Administración, han sido resueltas por el legislador sobre la base de modular el automatismo del efecto extintivo de la caducidad, cuando opera sobre un vínculo contractual o sobre una declaración de voluntad determinada. Refiriéndose a las concesiones administrativas, el Consejo de Estado declaraba, en un Dictamen de 12 de mayo de 1949, que «la caducidad administrativa difiere de la caducidad común que implica la extinción de manera automática y directa, de tal forma que en todo caso ha de ser tomada en cuenta o aplazada y declarada...; el incumplimiento de las condiciones de la concesión no supone la extinción del derecho del concesionario por sí mismo, sino que simplemente confiere a la Administración el poder de declarar el concesionario decaído».

Aun cuando no exista un análisis general de la caducidad —más allá de la concesión administrativa— es evidente que su automatismo choca con la necesidad de seguir proporcionando cobertura a los intereses públicos y privados presentes en cada caso. A veces —por ejemplo, presupuestos de las Entidades Locales— la norma impone la prolongación *ipso iure* de la eficacia en el tiempo de un acto; otras, puede aplicarse la teoría de la reconducción tácita.

C) *Incumplimiento de deberes jurídicos impuestos sin la contrapartida de una facultad de exigencia*

Queda, en fin, todo un amplio conjunto de comportamientos de la Administración, impuestos a ella por la Ley, en beneficio de la colectividad, que han de expresarse a través de la gestión de las actividades sectoriales. Técnicamente, constituyen deberes jurídicos cuyo cumplimiento no encuentra, como contrapartida, el título que conlleve una

facultad de exigencia. Ahí está, como tema testigo, el de las denominadas *obligaciones municipales mínimas*. La Ley de Régimen Local ha venido informando a municipios y provincias, a título de *deberes jurídicos*, la realización de determinadas prestaciones en favor de la colectividad local correspondiente. La jurisprudencia revelaría, en fallos sucesivos, que estos deberes jurídicos —que no obligaciones, en sentido técnico— carecían de un sujeto activo portador de la pretensión o exigencia dotada de la conveniente cobertura procesal. Esto es, nadie estaba legitimado para exigir a las Administraciones Locales el cumplimiento de tales deberes. Lo trascendente es que el supuesto puede ser objeto de generalización: la legalidad administrativa, casi desde sus orígenes, ha puesto todo el énfasis en el diseño de la conducta que la Administración debe asumir ante las distintas necesidades del interés general. Lo que ocurre es que los mecanismos de garantía de que dispone el Derecho Administrativo se ciñen, desafortunadamente, a la exigencia de declaraciones de voluntad a cargo de la Administración y su correlato del silencio administrativo. Precisamente, el salto desde la teoría del silencio como supletoria de una declaración de voluntad, hasta la posibilidad de exigencia de conductas determinadas, constituye uno de los retos del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. No hay otro camino, si se pretende restaurar la *santidad* de la ley, y cerrar el paso a la tentación de demagogia del legislador.